

UNIVERSIDAD DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

La constitución jurídica procesal

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

José Zafra Valverde

Madrid, 2015

TE
512

JOSE ZAFRA VALVERDE

LA CONSTITUCION JURIDICA PROCESAL

Trabajo presentado para obtener el grado de Doctor en Derecho.

Realizado bajo la dirección de D. JAIME GUASP DELGADO, Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad de Madrid.

Madrid, 1959

INDICE

INTRODUCCION.- DELIMITACION TEORICA DE LA CONSTITUCION JU-

RIDICA EN GENERAL.....	Pág. 1
PRESENTACION DEL TEMA.....	1
¿QUE ES UNA FORMA JURIDICA?.....	3
LA RELACION JURIDICA.....	5
FIJACION DEL CONCEPTO DE CONSTITUCION JURIDICA.....	12
TRATAMIENTO JURIDICO DE LAS SITUACIONES JURIDICAS..	18
ACCION DIRECTA Y ACCION PROCESAL.....	25
CONCLUSION.....	26

PARTE PRELIMINAR.- CONSIDERACION GENERAL DE LA CONSTITU-
CION PROCESAL.....

<u>SECCION PRIMERA.- EL PROCESO Y SUS FUNCIONES.....</u>	27
CONCEPTO DEL PROCESO.....	27
OBJETO DEL PROCESO.....	31
FUNCIONES DEL PROCESO.....	35
LAS FUNCIONES DEL PROCESO Y LAS SITUACIONES + JURIDICAS.....	37
CONSIDERACION FINAL.....	42

<u>SECCION SEGUNDA.- LA FUNCION DECLARATIVA Y LA CONSTITU-</u> CION JURIDICA.....	43
CONCEPTO DE DECLARACION PROCESAL.....	43
FORMAS PARTICULARES DE LA FUNCION DECLARATIVA.	46
EXTENSION DE LA EFICIENCIA CONSTITUTIVA DE LA FUNCION DECLARATIVA.....	58

-II-

LOS PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA FUNCION

DECLARATIVA.....	Pág. 64
CONSIDERACION FINAL.....	69
<u>PRIMERA PARTE.- LA CONSTITUCION PROCESAL SUSTANCIAL (TEO-</u> <u>RIA DE LA SENTENCIA CONSTITUTIVA).....</u>	71
<u>SECCION PRIMERA.-DOCTRINA GENERAL DE LA SENTENCIA -</u> <u>CONSTITUTIVA.....</u>	71
<u>CAPITULO PRIMERO.-DESARROLLO DEL CONCEPTO.....</u>	71
APARICION HISTORICA DEL CONCEPTO.....	71
ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA SENTENCIA..	74
CONFIGURACION DOCTRINAL DE ESTE TIPO IN-	
DEPENDIENTE DE SENTENCIA.....	75
AUTONOMIA DE LA SENTENCIA CONSTITUTIVA...	80
JUSTIFICACION DE LA SENTENCIA CONSTITUTIVA	96
FIN SUSTANCIAL INMEDIATO DE LA SENTENCIA	
CONSTITUTIVA.....	99
<u>CAPITULO SEGUNDO.- REQUISITOS DE LA SENTENCIA</u> <u>CONSTITUTIVA.....</u>	104
CONCEPTO.....	104
I. REQUISITOS PROCESALES DE LA SENTENCIA	
CONSTITUTIVA.....	104
INDICACION GENERAL.....	104
COMPETENCIA.....	105
LEGITIMACION.....	109
PROCEDIMIENTO.....	139
II. CONDICION SUSTANCIAL DE LA SENTENCIA	
CONSTITUTIVA.....	141
CONCEPTO Y NATURALEZA DEL DERECHO DE	
CONSTITUCION PROCESAL.....	141

-III-

CAPITULO TERCERO.-CONTENIDO DE LA SENTENCIA

CONSTITUTIVA.....	Pág. 161
INDICACION INICIAL.....	161
EXPOSICION Y CRITICA DE LAS DIVERSAS POS- TURAS TEORICAS.....	163
NATURALEZA DEL ACTO JUDICIAL CONSTITUTIVO	178
APENDICE.....	204

CAPITULO CUARTO.-EFECTOS DE LA SENTENCIA CONS-

TITUTIVA.....	205
INDICACION GENERAL.. ..	205
I. EFECTOS JURIDICO-MATERIALES DIRECTOS.	206
ENTIDAD Y PRODUCCION DE ESTOS EFEC- TOS.....	206
EXTENSION SUBJETIVA DE LOS EFECTOS JURIDICO-MATERIALES DIRECTOS DE LA SENTENCIA CONSTITUTIVA..	215
DIMENSION TEMPORAL DE ESTOS EFECTOS	219
II. EFECTOS JURIDICO-MATERIALES INDIRECTOS.....	241
III. EFECTOS JURIDICO-PROCESALES.....	243

SECCION SEGUNDA.-EXPOSICION DE CASOS PARTICULARES

DE SENTENCIA CONSTITUTIVA EN EL DERECHO POSI- TIVO ESPAÑOL.....	270
PLAN EXPOSITIVO.....	270

CAPITULO PRIMERO.- CASOS DE CONSTITUCION ES-

TRICTA.....	271
I. PRECONTRATO.....	271
II. SERVIDUMBRE LEGAL DE PASO.....	299
III. RETRACTO LEGAL.....	305

<u>CAPITULO SEGUNDO.-CASOS DE MODIFICACION.....</u>	310
---	-----

-IV-

I. INCAPACITACION.....	Pág. 310
II. DIVORCIO.....	328
III. REDUCCION DE CLAUSULA PENAL.....	332
IV. IMPUGNACION DE HONORARIOS.....	337
<u>CAPITULO TERCERO.-CASOS DE EXTINCION.....</u>	339
I. RESOLUCION DE CONTRATOS.....	339
II. DISOLUCION DE SOCIEDADES.....	360
III. IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES.....	365
IV. NULIDAD DEL MATRIMONIO CIVIL.....	370
V. INDIGNIDAD PARA SUCEDER.....	376
<u>SEGUNDA PARTE.- LA CONSTITUCION PROCESAL ACCIDENTAL.....</u>	384
INDICACION INICIAL.....	384
TEORIA DE LA SENTENCIA DISPOSITIVA.....	385
ESBOZO HISTORICO DE LA DOCTRINA SOBRE LA SENTEN- CIA DISPOSITIVA.....	386
FIJACION DEL CONCEPTO DE LA SENTENCIA DISPOSI- TIVA.....	389
ACTIVIDAD PECULIAR DE LA SENTENCIA DISPOSITIVA.	393
EFECTOS ESPECIFICOS DE LA SENTENCIA DISPOSI- TIVA.....	442
CONCLUSIONES FUNDAMENTALES OBTENIDAS.....	447
RELACION BIBLIOGRAFICA.....	453

INTRODUCCION

DELIMITACION TEORICA DE LA CONSTITUCION JURIDICA EN GENERAL

PRESENTACION DEL TEMA.-- El fenómeno que da título a este trabajo no es sino una peculiar manifestación de un hecho de valor general: la constitución jurídica. Piedra fundamental es el concepto de esta generalidad en el innovador pensamiento jurídico de GUASP, cuyas enseñanzas orales y escritas prestan impulso y sustentación a la investigación que emprendemos. Por ello comenzamos ateniéndonos a ese concepto, convencidos de su exactitud. Pero esto nos pone inmediatamente ante la necesidad de dar satisfacción a la ineludible y lógica pregunta: ¿Qué es la constitución jurídica como fenómeno general?

Descendiendo al significado gramatical de la palabra -- constitución, nos encontramos con una equivalencia respecto a los conceptos de creación y formación. De ello podemos extraer una primera noción, afirmando que constitución jurídica es la creación de formas jurídicas. Lo cual supone enfrentarnos a renglón seguido con las ideas de creación y de forma jurídica.

Bajo el concepto de creación podemos acoger tanto la producción de un cierto efecto como el hecho en sí de la aparición de una cierta realidad, independientemente de la referencia a un agente. Partiendo de una concepción normativista del Derecho, al estilo de Kelsen o Carnelutti, podríamos con justa razón situarnos en el primer sentido de la creación de formas jurídicas. La constitución jurídica sería, por tanto, la creación de formas jurídicas por las normas de Derecho.

Si, en cambio, la sustancia del Derecho se interpreta como conducta humana, conforme a la doctrina del argentino COSSIO, convendría atenerse al segundo enfoque del concepto de constitución jurídica, y entender ésta como aparición de formas jurídicas, que en definitiva no sería¹ otra cosa que modos de la conducta humana marcados con el signo de lo jurídico.

Algo similar tendríamos que observar en relación con la noción de Derecho como coordinación intersubjetiva de conductas, que sustenta DEL VECCHIO, o con la concepción actual de GUASP, para quien la esencia de lo jurídico estriba en las relaciones intersubjetivas (interafectaciones e interinfluencias) que una sociedad establece como necesarias (1).

Nosotros, que más bien tomamos partido por la teoría normativista, sin comprometernos aquí a justificar nuestra prefe-

(1) Esta idea y todas cuantas otras citaremos del mismo jurista sin hacer indicación de una obra en que aparezcan publicadas, corresponden a explicaciones de GUASP en los cursos monográficos para el Doctorado de los períodos académicos 1955-56 y 1957-58.

rencia, entendemos que constitución jurídica es la creación de formas jurídicas por las normas del Derecho. Lo cual no impide, naturalmente, que podamos considerar, al mismo tiempo que la constitución como sinnómino de efecto constitutivo de las normas de Derecho, la constitución como momento de aparición de las formas jurídicas.

¿ QUE ES UNA FORMA JURÍDICA? .- En una primera y elemental observación del panorama de la fenomenología jurídica, forma jurídica es el sentido de que queda impregnada una cierta realidad desde el momento en que esa dentro del recinto de la juridicidad, definido por las normas. Así podemos decir que la titularidad de un deber, en cuanto manera de ser entendido el ser humano en función de las normas del Derecho, es una forma jurídica de ese ser humano. El carácter de "cosa debida" que tiene un objeto, por virtud igualmente de las normas del Derecho, es una forma jurídica de dicha cosa. De igual modo, la eg lidad de "conducta obligada" que a una actividad humana comuni con las repetidas normas, es una forma jurídica de tal actividad.

Intencionalmente hemos puesto la noción inicial de forma jurídica en contacto con las tres realidades fundamentales, - abstractamente consideradas, que vertebran, por decirlo así, - exhaustivamente el panorama de la juridicidad. Nos ceñimos - con ello a la doctrina de GUASP, que ve en el sujeto, el objeto y la actividad, las tres categorías o elementos básicos del Derecho. Pero la verdad es que, si bien en esa visión abstracta de tales elementos cabe hablar de forma jurídica de los mismos, en la observación empírica del complejo campo de la reali

das jurídicas, es imposible entender la juridicidad (forma jurídica) de cualquiera de esos elementos sin verla siempre conectada con la de los otros dos. Así, no se puede hablar, con criterio empírico de persona jurídicamente obligada, sin pensar al mismo tiempo en un elemento objetivo de referencia de tal estado de afectación subjetiva, y en una dimensión dinámica de la obligación. En realidad, lo primero que la experiencia jurídica nos muestra son múltiples y variadas combinaciones de los indicados elementos, cada una de las cuales posee una clara individualidad y una función peculiar. Las normas del Derecho, al definir estas combinaciones, comunican unitariamente el sentido jurídico a los concretos elementos que en cada caso intervienen en ellas. De este modo se configuran las auténticas formas jurídicas -desde el punto de vista empírico-, a las cuales, valiéndose de la terminología de GUASP, conferimos el nombre de situaciones jurídicas, es decir, maneras conjuntas, concretas y delimitadas de ser jurídicamente los sujetos, los objetos y las actividades. Si nos fijamos, por ejemplo, en un contrato, advertimos fácilmente que la proyección de las normas jurídicas sobre el entrecruce de declaraciones de voluntad en que estrictamente consiste, da lugar a ciertas afectaciones de voluntades de sujetos, consistentes en autorizaciones y prescripciones de actividad, y relativas a uno o más objetos (que pueden consistir en cosas o en prestaciones). De este modo aparece una situación jurídica contractual. Lo mismo puede decirse en el supuesto de la ocupación material de una cosa, de la posesión durante un cierto espacio de tiempo (a efectos de usucapión), de la muerte de una persona (a efectos de sucesión en los bienes, especialmente), de la celebración de un matrimonio, etc. En cada una de estas hipótesis se configura una peculiar situa-

ción jurídica, donde los elementos subjetivos, objetivos y dinámicos se muestran entrelazados de bien diferenciada manera.

LA RELACION JURIDICA.- La más elemental forma jurídica es - la ⁱⁿ aplicación en lo que la doctrina más común conoce con el nombre de relación jurídica, cuya esencia estriba en la correlación de dos posiciones jurídicas subjetivas, de poder y deber, respectivamente. Es posible que los conceptos de situación y relación jurídica coincidan en un caso concreto; o dicho de otro modo, que una situación jurídica entrafie una y nada más que una relación jurídica; pero en la realidad lo normal es que cada situación comporte una pluralidad de relaciones.

Puesto que cada situación jurídica implica una o más relaciones jurídicas, nos interesa hacer unas indicaciones sobre este último concepto, al objeto de precisar debidamente el de configuración jurídica, así como para fijar inicialmente una serie de ideas fundamentales con las que habremos de trabajar frecuentemente.

Las posiciones de poder y de deber, a que hemos aludido antes, como componentes dialécticos de la relación jurídica, son - las resultantes de las afectaciones subjetivas por las normas del Derecho. Estas normas contienen esencialmente representaciones de conductas humanas; unas veces para autorizar su realización y - otras veces para prescribir su cumplimiento o su omisión. Por estas autorizaciones y prescripciones se producen las afectaciones indicadas. Veamos por separado qué entrafie cada una de esas posiciones.

Poder jurídico.- Supone la atribución que hacen las normas a

un sujeto de una posibilidad de obrar, más o menos amplia e compleja. La forma más peculiar de poder jurídico se da cuando la posibilidad de obrar atribuida se refiere a un objeto sobre el cual el sujeto tiene interés (o puede tenerlo, en razón de que dicho objeto posee, por su naturaleza o por su función respecto a la satisfacción de necesidades humanas, la calidad objetiva - del interés). La cosa puede ser, como hemos insinuado antes, -- una materia o una prestación. Pues bien: en estos casos, el poder jurídico recibe el nombre concreto de derecho subjetivo.

Todo derecho subjetivo consiste, pues, en una determinada estructura dinámica establecida por las normas como vínculo o -- nexo entre un cierto sujeto y un cierto objeto, mediante la atribución de su posibilidad a la voluntad del primero respecto al segundo. Como sustrato o presupuesto lógico de esa atribución -- de una más o menos amplia posibilidad de obrar, debe entenderse la atribución del objeto mismo al sujeto; es decir, la conexión establecida por la voluntad estatal entre el bien que es el objeto y la persona humana que es el sujeto, como ser total, no -- como pura voluntad abstraída. Ambos elementos --estructura y sustrato-- del derecho subjetivo coinciden normalmente en un mismo sujeto, puesto que el segundo es presupuesto lógico del primero; pero en ciertas hipótesis se produce un desglose entre ellos, -- de tal modo que mientras un sujeto se mantiene como titular de la atribución del objeto, la Ley confiere a otro sujeto distinto todas o algunas de las posibilidades de obrar que forman la estructura del derecho subjetivo de que se trata. Ello sucede -- unas veces porque el segundo sujeto viene a complementar la personalidad del primero, constituyendo con él un solo sujeto jurí

dice complejo. Así, en los casos de representación legal por incapacidad. Otras veces, la distribución supone la constitución de un derecho subjetivo filial o derivado a favor del segundo sujeto. Este fenómeno nos lo revelan los supuestos de la enfiteusis, el usufructo y el arrendamiento, por ejemplo.

Debemos reconocer, respecto a las precisiones doctrinales hechas en este último párrafo, las valiosas sugerencias que hemos obtenido del pensamiento jurídico de GARNELUTTI, con su aguda distinción entre interés y voluntad en el derecho subjetivo y su concepción del sujeto jurídico complejo en los casos de incapacidad (V. GARNELUTTI, Lezioni, I, págs. 42, 49).

Deber jurídico.— El deber jurídico consiste en la posición de sujeción en que colocan las normas a un sujeto cuando le prescriben una conducta positiva o negativa (un hacer o un omitir), necesaria para la efectividad del interés tutelado al titular del poder jurídico, o cuando le someten a una cierta alteración de su esfera jurídica (1) como consecuencia del ejercicio de un específico poder jurídico. En la primera hipótesis, podemos dar al deber jurídico el nombre más preciso de obligación. En la segunda hipótesis, lo conferimos al de sumisión, de acuerdo con la doctrina a que aludiremos seguidamente.

Según la naturaleza de la conducta atribuida al titular del poder jurídico (sujeto activo de la relación) y la naturaleza de la sujeción que afecta al sujeto del deber (sujeto pasivo de la relación) varía la propia naturaleza de la relación jurídica. -

(1) Entendemos por esfera jurídica el conjunto de poderes y deberes jurídicos que en un determinado momento ostenta un sujeto.

Quando la posibilidad de obrar se refiere a una cosa que tiene existencia propia e independiente en el mundo objetivo, consiste en la facultad de actuar directamente sobre ella, teniendo como correlativo la prescripción de una conducta de respeto dirigida por las normas al sujeto pasivo respecto a la satisfacción de su interés en obrar sobre la cosa por parte del sujeto activo. Estos son los aspectos que configuran las relaciones jurídicas conocidas en la doctrina con el nombre de reales.

Otras veces, la cosa objeto de la relación jurídica es una prestación, cuya existencia depende de una conducta del sujeto obligado. Entonces, la actividad atribuida al sujeto activo consiste en exigir y recibir la prestación y la del sujeto pasivo, naturalmente, en realizarla. Este es el esquema de las llamadas relaciones jurídicas personales.

Pero junto a estos tipos de relaciones jurídicas —que podríamos llamar relaciones jurídicas primarias— debemos describir —otra modalidad, que tal vez merezca el título de relación jurídica secundaria, por cuanto presupone lógicamente la existencia de una de las anteriormente indicadas. Nos referimos a la relación jurídica potestativa, de tan notable importancia en la Ciencia del Derecho Procesal, singularmente a partir de CHIOVENDA, —que sobre este concepto sustentó su teoría de la acción procesal, y más concretamente la explicación del presupuesto jurídico-material del proceso y la sentencia constitutivos. De aquí —que reviste fundamental interés para nosotros precisar la naturaleza y estructura de esta forma de relación jurídica.

El estudio que hace CHIOVENDA de este tipo de relaciones jurídicas nos parece incompleto, porque se preocupa más que de —otra cosa de resaltar la ficción de la posición de poder, y —

además porque no descubre con claridad cuál sea el elemento objetivo en ellas. Por ello vamos a intentar nosotros definir — sus diferentes aspectos.

En su ensayo La acción en el sistema de los derechos, describe el autor citado el derecho potestativo como un poder del titular de producir, mediante una manifestación de voluntad, — un efecto jurídico en el cual tiene interés o la cesación de — un estado jurídico desventajoso, frente a una persona o varias, que no están obligadas correlativamente a ninguna prestación — sino sólo sujetas de un modo que no pueden sustraerse al efecto jurídico producido. Es decir, se trata de un poder jurídico que tiene enfrente una posición de sumisión al conocimiento de un determinado cambio jurídico (1).

Realmente, no hay mucho rigor en su explicación por lo que atañe a las ideas de "producción de un efecto jurídico" y "cesación de un estado jurídico". Deseamos nosotros de dar más perfil a estos conceptos, sirviéndonos de las ideas que tenemos expuestas, y sobre la meditación de los supuestos citados y otros similares, vamos a intentar el diseño más exacto posible de la estructura de la relación jurídica potestativa.

El derecho potestativo consiste, como todos, en la atribución de un bien, sobre el cual el sujeto concreto tiene o puede tener un interés, a través de la autorización de una forma de —

(1) (Cfr. la obra citada, en Ensayos de Derecho Procesal Civil, trad. SANTI MELLENDO, Buenos Aires, 1949, pag. 25).

conducta en relación a él. Eso bien consiste precisamente en la creación, la modificación o la extinción de una situación jurídica determinada, que viene a ser así una cosa ideal, objeto de la relación jurídica potestativa. Pero lo característico de esta relación es que el indicado bien sólo adquiere existencia en cada caso concreto merced a una actividad humana, que no corresponde precisamente al sujeto obligado, como en las relaciones jurídicas personales, sino al propio titular del poder jurídico, exclusivamente unas veces y otras en asociación con otro sujeto.

La posición de deber estriba, conforme a lo que dijimos antes, en la sumisión de otro sujeto al acontecimiento del fenómeno creativo, modificativo o extintivo antes señalado. En realidad, la sumisión es, rigurosamente hablando, la afectación que dicho sujeto sufre cuando ese fenómeno tiene lugar, es decir, cuando el poder ha sido ejercitado; lo cual quiere decir que el lado pasivo de la relación potestativa consiste propiamente en la sumisión potencial a la creación, la modificación o la extinción de una situación jurídica. Pero por razones de simplicidad de lenguaje, parece preferible hablar de sumisión sin más, con tal que no se pierda de vista la diferencia entre el momento potencial y el momento actual de la misma.

Comprobemos ahora mediante unos ejemplos la adecuación de los conceptos consignados. El sujeto titular del "ius hereditatis" tiene el poder jurídico de convertirse, mediante una declaración de voluntad (la aceptación de la herencia), en titular de las relaciones jurídicas que componen el caudal relicto, y de ocasionar así el nacimiento en el administrador de la herencia de la obligación de transmitirle la posesión de los bienes que -

la componen. El propietario del fondo enclavado entre otros, sin salida a camino público, tiene el poder jurídico de obligar al - dueño del que reúne las condiciones legales para ser sirviente a que preste la actividad necesaria para que la servidumbre de paso quede establecida. En uno y otro caso, el sujeto pasivo está sometido a la eventualidad de quedar obligado a una conducta determinada frente al titular del derecho potestativo, el cual, - una vez ejercitado este poder, se convertirá en titular de un derecho real o de crédito, según los casos, y de una manera singular o plural. Como se ve, el objeto de la relación jurídica potestativa consiste en estos supuestos en la situación jurídica hereditaria (normalmente un complejo de situaciones jurídicas) o en la que implica la servidumbre de paso, que el titular del poder "pone en existencia", mediante el ejercicio de la posibilidad de obrar que le está atribuida.

Como casos de relación jurídica potestativa tendente a la - modificación de una situación jurídica (concepto que será precisado con posterioridad) podemos citar estos dos: derecho del propietario de un fundo a cortar las raíces de un árbol ajeno introducidas en dicho fundo; derecho de un cónyuge a separarse del - otro por cualquiera de las causas que autorizan el divorcio en - virtud de las disposiciones legales. Objeto de la relación potestativa es la propiedad del árbol y la situación jurídica matrimonial. Las posiciones subjetivas que la definen son el poder de - provocar la modificación de cada una de esas situaciones jurídicas (en el caso del divorcio, con la inexcusable intervención de un Órgano jurisdiccional del Estado) y la sumisión al acontecimiento de dicho cambio.

Relaciones potestativas susceptibles de provocar la extinc-

ción de una situación jurídica se dan, por ejemplo, en estos casos: derecho de revocación del mandato; facultad de resolver una obligación bilateral por incumplimiento de la otra parte; potestad de anular un contrato (en este supuesto, necesariamente a través de la sentencia de un juez). Fácil es aplicar las mismas ideas antes utilizadas, para apreciar la naturaleza del objeto y las posiciones subjetivas de esta clase de relaciones potestativas.

FIJACION DEL CONCEPTO DE CONSTITUCION JURIDICA.- De lo escrito hasta este momento puede inferirse que constitución jurídica es la definición de formas jurídicas, de situaciones jurídicas por las normas del Derecho. Esto, enfocando la idea de constitución desde el punto de vista de las normas, pues desde la perspectiva de las situaciones jurídicas mismas, constitución jurídica equivale, como hemos apuntado antes, a su aparición o nacimiento. De cualquier modo que se mire, no cabe duda que este concepto recoge un fenómeno de marcado relieve en el mundo jurídico, que en el lenguaje de conocimiento y explicación de éste es frecuentemente designado con el mismo nombre. No es difícil, en efecto, encontrarse con expresiones como "constitución de un contrato", "de un matrimonio", "de una sociedad" y, sobre todo, "Constitución del Estado". Esta última, de uso ya consagrado en la Ciencia jurídica y en el lenguaje ordinario, sugiere la que podemos reputar situación jurídica eminente: la situación jurídica política de una nación. El Estado, como fenómeno jurídico, no es en verdad otra cosa que una complejísima situación jurídica, explicable en síntesis como una combinación, proyectada en normas fundamentales de Derecho, de una comunidad de sujetos (sus-

ceptible de ser descrita con la dicotomía de gobernantes y gobernados), una pluralidad de objetos (que en el territorio tienen su básico exponente) y una multiplicidad de actividades (esencialmente reductibles a los conceptos de mando y obediencia).

Pero para el fin de nuestro trabajo conviene hallar un concepto de constitución jurídica más extenso que el que acabamos de exponer, en el cual queden englobadas otras manifestaciones de la eficacia del Derecho, modificadora de las maneras de ser y de estar de los sujetos, los objetos y las actividades.

Las situaciones jurídicas son fenómenos -o, si se quiere, antes, aunque el empleo de la palabra tenga que tener un sentido más bien figurativo- culturales, poseedores de una dimensión temporal. GUASP esquematiza esta dimensión, estereotipando tres momentos en la vida de las situaciones: momento de nacimiento, momento de desarrollo y momento de terminación (1). El primero de ellos es el que hemos ya denunciado suficientemente representándole con el concepto de constitución jurídica "stricto sensu". Pero en un sentido amplio de este mismo concepto, también encajan en él los momentos de desarrollo y de terminación.

Modificación de las situaciones jurídicas.- Así como al momento de nacimiento hemos asignado el apelativo de constitución, en una apreciación rigurosa, al de desarrollo lo vamos a conocer más concretamente por el de modificación de las situaciones jurídicas.

El fenómeno de la modificación es fácilmente identificable con sólo echar una atenta ojeada por el mundo de las formas jurídicas. Las situaciones jurídicas experimentan modificaciones en el tiempo cuando, por un determinado acontecimiento, las normas introducen un cambio en las interrelaciones subjetivas que son -

(1) V. nota página 2

su esencia. Estas interafectaciones son proyectadas por las normas cuando menos -en cada caso- entre dos sujetos, si bien es normal que sean englobados en las mismas un número mayor de ellos. Como se comprenderá, en estas interafectaciones estriba la sustancia de las relaciones jurídicas. Pues bien: como quiera que en ellas esté el núcleo de las situaciones jurídicas, la identidad de éstas en el tiempo depende de la continuidad de los sujetos enmarcados en ellas. Alterado cualquiera de ellos, es decir, desorbitado de la forma jurídica, ésta pierde su entidad y desaparece, aunque ello sea para ser sustituida por otra (después analizaremos este fenómeno). Por tanto, siendo decisivo para la identidad de las situaciones, la de los sujetos de las interafectaciones proyectadas por las normas, puede considerarse al sujeto como elemento principal de la situación y la relación jurídica, y en cambio elementos secundarios el objeto y la actividad. Esta diferenciación nos pone en camino para trazar el concepto de modificación de las situaciones jurídicas.

En efecto: cuando, manteniendo las normas una cierta necesidad de interafectación entre unos mismos sujetos, alteran la formalización jurídica de los elementos objetivos o dinámicos -o bien de unos y otros a un tiempo- de la situación jurídica inicial, decimos que ésta sufre una modificación. Dicha alteración puede producirse de dos modos, a saber, por modificación cuantitativa o por modificación cualitativa de los elementos formalizados. La primera forma, a su vez, ^{puede} consistir en un incremento o en una reducción. Vamos a demostrar a continuación la identidad de estos conceptos con unos ejemplos.

La adquisición de propiedad por accesión implica una modificación de la situación jurídica inicial, por incremento del obje-

te. Parece que también se puede hablar de incremento de la actividad autorizada, puesto que en razón del fenómeno antedicho el propietario recibe la atribución de una más amplia posibilidad de obrar. Caso similar es el que podría llamarse de "accesión de prestaciones", clásicamente tipificado en la agregación de los intereses al principal de una deuda. En una hipótesis de demora perjudicial en una gestión de negocios ajenos, la consecuencia jurídica de este accesorio revela una modificación por incremento del objeto y de la actividad. El gestor queda obligado, además de a cumplir la comisión que le fuera confiada a indemnizar los perjuicios ocasionados por su retraso. Bien es verdad que los dos objetos (la prestación de la gestión y la cantidad de dinero) que quedan conjuntamente "juridizados" son cualitativamente distintos, así como también las actividades jurídicas relativas a ellos; pero aquí sólo nos interesa destacar el aspecto cuantitativo de su agregación.

Modificación por reducción del objeto de la situación jurídica encontramos, por ejemplo, en el pago de los diferentes plazos de una deuda -salvo el último, claro está-. Por reducción de la actividad, en el establecimiento de una servidumbre de desagüe. Por reducción del objeto y de la actividad, en la limitación de la propiedad sobre un fundo, por razón de interés público, al congruarse sobre él una carretera.

Por último, modificación de una situación jurídica por alteración cualitativa de los elementos objetivos y dinámicos se produce, por ejemplo, cuando, no pudiendo una determinada situación contractual desembocar en el exacto fin perseguido con el contrato, porque una parte no cumplió su prestación en el espacio temporal fijado como elemento constitutivo de la misma, dicha situación

queda transformada por las normas en el sentido de ser sustituida la prestación acordada por la de entregar una cantidad de dinero como indemnización. La modificación del carácter de la actividad implicada en la repetida situación jurídica se descubre palpablemente cuando la prestación inicial consistía en un mere hacer, o, más exactamente, debía ser producida por una actividad humana distinta de dar, y, por tanto, la actividad receptiva de la otra parte había de ser diferente de la de tomar posesión de una suma pecuniaria.

Extinción de las situaciones jurídicas.- Con esta expresión designamos el momento de terminación de las situaciones jurídicas, cuya fenomenología tiene aquí la tercera de sus manifestaciones. Las situaciones jurídicas se extinguen cuando las normas de Derecho, en razón siempre de uno o más hechos e actos, cesan en su información de un agregado de personas, cosas y conductas, liberando de su sello, por decirlo así, a estos elementos. Esta disgregación o liberación jurídica, subiguiente a la existencia de una concreta situación, es lo que, con GUASP, denominamos una situación jurídica negativa, y que quizá con más sugestiva expresión podría designarse como un "vacío de situaciones jurídicas". De todos modos, no cabe duda que se trata de uno de los dos efectos de la fuerza formalizadora de las normas jurídicas: formalización - propiamente dicha y desformalización. Para ilustrar este concepto, pensemos, por ejemplo, en la revocación de un mandato, en la cesación de un funcionario en el cargo, en el fallecimiento de la patria potestad al adquirir el hijo la mayoría de edad o en la extinción de las relaciones jurídicas contractuales que tiene lugar en caso de incumplimiento por una de las partes. En todos estos casos, se produce por las normas jurídicas una afectación de

voluntades humanas vinculadas en una o más relaciones jurídicas, consistente en desprenderlas de las correspondientes posiciones de poder y deber. Consiguientemente, unas cosas, prestaciones o servicios quedan desorbitados de aquellas concretas relaciones, y, por lo tanto, también las actividades que eran el nexo entre estos objetos y aquellos sujetos.

Concepto definitivo de constitución jurídica.- Sintetizando de lo expuesto en los párrafos precedentes, podemos trazar ya - el concepto de la constitución jurídica como fenómeno general, diciendo que es la creación o aparición de situaciones jurídicas, su modificación o su extinción.

Pero urge llamar enseguida la atención sobre la relatividad de las tres nociones aglutinadas en esta definición. Queremos decir que las ideas de creación (constitución estricta), modificación y extinción no reflejan productos de la fuerza formalizadora del Derecho sustancialmente distintos, lógicamente incompatibles o cronológicamente inasociables, sino más bien puntos de vista desde los que puede ser contemplado lo que GUASP, con frase brillante llama "el devenir de las situaciones jurídicas" (1). Cuando el Derecho constituye la extinción de una situación, muchas veces lo hace formalizando otra situación diferente, sin solución de continuidad. Piénsese, por ejemplo, en el ascenso de un funcionario en la escala administrativa o en la adquisición del caudal hereditario como consecuencia de la aceptación. En ambos supuestos, se observa que la eficacia de las normas constituye simultáneamente la extinción y la crea-

(1) V. nota página 2

ción de una situación jurídica, con la particularidad de que el primer fenómeno tiene un sentido instrumental respecto a la producción del segundo. No obstante, hay veces en que la extinción tiene un claro valor final, como en el caso de la descomposición de una situación jurídica contractual por efecto de la anulación o la rescisión.

Lo mismo ha de decirse, aunque invirtiendo las expresiones, en relación con la constitución estricta de situaciones. Si bien es verdad que en muchas ocasiones éstas son creadas de la nada, por decirle así, (tal sucede en la Constitución de un Estado tras una revolución, en la adquisición de propiedad por ocupación o en la fundación de una sociedad), es igualmente normal que esta creación subyuga a la terminación de otra situación jurídica. Por lo que hace a la modificación, es de notar, que, aun cuando al producirse este fenómeno de constitución jurídica la situación de que se trate se mantiene sustancialmente idéntica, por el hecho de haberse alterado solo en los elementos secundarios integrados en su forma inicial, tanto puede decirse que la situación ha quedado con tal hecho transformada, cuanto que ha sido sustituida por otra sólo accidentalmente diferente.

TRATAMIENTO JURIDICO DE LAS SITUACIONES JURIDICAS.- Hasta este momento hemos enfocado la constitución jurídica desde el punto de vista de lo que hemos llamado la fuerza formalizadora de las normas del Derecho. Hemos indicado que dicho efecto se produce siempre en virtud de uno o más acontecimientos; por ello vamos a contemplar ahora la constitución jurídica desde el ángulo visual de estos acontecimientos, para hacer una consideración especial de ellos cuando consisten en actividades humanas que pueden tener forma ju-

rídica, como conductas autorizadas e atribuidas e como conductas prescritas. Para ello nos vamos a colocar en el plano total de las posibilidades de tratamiento de las situaciones jurídicas, consideradas como entidades formalmente abstraídas, con valor objetivo independiente. De este modo, circunscribiremos con exactitud el lugar correspondiente a la constitución jurídica desde el punto de vista de la actividad causal.

Recogiendo el pensamiento de GUASP (1), afirmamos que sobre las situaciones jurídicas, en este sentido de objetos formales abstractos, pueden reconocer tres modos de actividad humana: actividad de constitución, actividad de declaración y actividad de imposición. Veamos aparte el significado de cada uno de estos conceptos.

Actividad constitutiva.— Los acontecimientos en razón de los cuales las normas crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas consisten unas veces en meros hechos, tales como el transcurso del tiempo (usucapión, jubilación de un funcionario, etc.), la muerte de una persona, el daño producido por el animal perteneciente a un sujeto en la finca de otro o el nacimiento del hijo que cubre el número mínimo necesario para que una familia adquiera la condición legal de numerosa. Podemos llamar a estos acontecimientos hechos jurídicos constitutivos; expresión que no es raro encontrar en la terminología científica.

(1) V. nota página 2

Otras veces, los conocimientos de que tratamos son actos humanos. Así, un acto dañoso, un contrato o un testamento. Dentro de esta misma especie, ciertas clases de actos se caracterizan por ir conscientemente enderezados a producir efectos jurídicos constitutivos, ya consistan en una constitución estricta (p.e., la celebración de un matrimonio), en una modificación (v.gr., la ampliación del capital en una sociedad) o en una extinción (la dimisión de un cargo público, por ejemplo). Por la misma razón que antes los hechos, merecen estas formas de actividad humana la denominación de actos jurídicos constitutivos. Con esto no se expresa sino la participación de los actos -de mismo que antes los hechos- en la causalidad constitutiva, sin menoscabo del principio de la sustancialidad de la eficiencia constitutiva de las normas, que nos apresuramos a ratificar.

Actividad declarativa.- La declaración es un acto humano - por el que se afirma o niega la certeza de algo ante aquél o aquellos a quienes el acto va destinado. Las situaciones jurídicas en esta consideración objetiva y abstracta que de ellas hacemos, pueden ser, y son en realidad, objeto de actividad declarativa. Esta actividad puede enfocar las situaciones en cualquiera de sus tres momentos: nacimiento, modificación y extinción, afirmando su existencia o inexistencia con variadas fórmulas. - Así, puede declararse la existencia de una situación porque realmente fué constituida, porque su extinción no se ha producido o porque no se ha extinguido sino que se ha modificado. Análogamente, puede declararse su inexistencia porque no se constituyó, - porque se ha extinguido o porque no se ha modificado, sino exting

guide. La experiencia jurídica ofrece diversas manifestaciones de estas actividades, de las que daremos después algunos ejemplos.

Actividad impositiva.- Imposición, en un sentido social, significa sometimiento de una voluntad humana a un cierto estado de cosas. Tratándose de situaciones jurídicas, decimos que hay imposición de las mismas cuando se sujeta la voluntad del sujeto o los sujetos obligados, en el sentido de producirse a su pesar -sin que le puedan evitar- la situación de hecho -o una de las situaciones de hecho- a través de la cual adquiere efectividad el interés protegido por las normas al sujeto o sujetos de las atribuciones jurídicas. Por tanto, la actividad impositiva supone siempre la existencia positiva de situaciones jurídicas, cuya esencial proyección dinámica sólo adquiere plenitud merced a una sustitución de actividad subjetiva, que somete la voluntad del sujeto o los sujetos jurídicamente formalizados en la posición pasiva de deber.

Calificación jurídica de estas formas de actividad.- Las tres expresadas formas de actividad relativa a las situaciones jurídicas como objetos abstractos independientes, pueden tener calidad formal de actividades jurídicamente atribuidas y prescritas. O dicho de otro modo: estas actividades, como nexo entre dos sujetos por lo menos y las situaciones jurídicas como formas abstractas objetivadas, aparecen algunas veces con carácter de elementos integrantes de relaciones jurídicas. Los modos de estar jurídicamente combinadas con los elementos subjetivos y objetivos son sumamente variados. Fundamentalmente, debemos distinguir según que el efecto constitutivo, el declarativo e -

el impositivo dependan simplemente de una forma de conducta del titular activo de la relación jurídica, o requieran para su producción una conducta del titular pasivo de la misma. En rigor, desde luego, la cuestión se restringe a la constitución y la imposición, puesto que la necesidad que puede surgir de que se declare una situación jurídica nunca queda satisfecha sólo con una actividad del interesado en ello. Siempre que existe un interés jurídicamente protegido en la declaración de una situación jurídica, es precisa para su efectividad la conducta del sujeto pasivo de la relación jurídica que el Derecho establece al tutelarla.

Además, dentro de la segunda hipótesis indicada, es decir, cuando la constitución y la imposición requieren una conducta del sujeto pasivo, hemos de hacer una nueva distinción, fundamentalísima para nosotros, derivada de la posibilidad de que dicho sujeto obligado sea o no un Órgano jurisdiccional, en cuanto tal, es decir, en cuanto ligado en su actuación a las formas procesales.

A continuación vamos a exponer algunos casos concretos de las varias posibilidades enunciadas, a excepción de las que supongan intervención de un Órgano jurisdiccional, pues su estudio, como no pase para la plena situación del tema de nuestro trabajo, lo efectuaremos en la fase próxima de éste.

a) Constitución.— Primeramente, los casos en que basta para la eficacia de la actividad constitutiva una conducta del sujeto del poder. Cuando esta hipótesis se da, el poder pertenece a la clase de los derechos potestativos, cuyo concepto tenemos ya expuesto. Ello es así porque, tal como puntualizamos, el derecho potestativo supone la posibilidad subjetiva, en su titular, de

producir, mediante una conducta propia, la creación, la modificación o la extinción de una situación jurídica. Nos limitamos a citar dos de los casos ya puestos como ejemplo al estudiar la relación jurídica potestativa: el ejercicio del "ius haereditatis" y la revocación del mandato. Del primer hecho surge la obligación en el administrador de la herencia de transmitir la posesión de los bienes materiales incluidos en ella. Con la revocación del mandato, se extingue la situación jurídica existente, quedando el mandatario jurídicamente sujeto en el sentido de no poder evitar la constitución jurídica producida y surgir para él la obligación de cesar en la gestión.

El efecto constitutivo no se produce, por el contrario, sin una actividad del sujeto del deber, por ejemplo, en el establecimiento de una situación matrimonial civil, por lo que se refiere a la obligada e imprescindible intervención del Juez; asimismo, en la constitución de una hipoteca, por cuanto requiere la intervención de Notario. Muy típicamente, el derecho que para el comprador de una cosa surge del contrato, cuando éste no tiene carácter real, puede fundadamente reputarse como derecho de crédito a la constitución de una situación jurídica (la que implica la propiedad de la cosa, que el titular de ese derecho adquirirá por la tradición, conforme al sistema del Derecho positivo español). Por último, citemos la hipótesis singularísima del precontrato, que no ofrece duda sobre su exacto ajuste al concepto que estudiamos.

En todos estos supuestos de constitución mediante la actividad del sujeto pasivo de la relación jurídica, esta relación pertenece a la clase de las personales o de crédito.

b) Declaración.— Ya hemos advertido que la actividad jurídi-

es de declaración de una situación jurídica siempre supone la conducta de una persona distinta del sujeto interesado en ella. Podemos citar como casos de declaración jurídica extraprocesal la certificación de una situación jurídica inscrita en un registro (Civil -matrimonio, p.e. -, Mercantil, etc.) o la expedición de una copia de un acta notarial.

e) Imposición.— La forma peculiar de imposición de situaciones jurídicas es, desde luego, la que se verifica a través del Proceso; sin embargo, podemos encontrar en la experiencia jurídica casos de relaciones jurídicas de imposición directa (concepto que contraponemos al de imposición indirecta o procesal), que siguen la disyuntiva antes anotada, o sea, en las cuales unas veces basta para la imposición la actividad del sujeto activo de la relación, mientras otras veces es necesaria una conducta del sujeto pasivo de la misma. A la primera de estas dos hipótesis corresponden, por ejemplo, el derecho de retención y la realización ante Notario de la cosa dada en prenda al vender y no ser pagada la deuda garantizada. El poder jurídico pertenece también en estos casos a la clase de los derechos potestativos. Por último, como ejemplo curioso de imposición por actividad del sujeto obligado, señalemos la satisfacción del derecho del viajero en un tren, con reserva de asiento, cuando, habiéndole sido ocupada la plaza que le corresponde, falla su reclamación dirigida al autor de dicha ocupación. La intinación del Interventor de ferrocarriles para el desalojo, primero, y la posible intervención de la fuerza pública presente en el tren, en última instancia, acentúan el carácter de actividades de imposición, guardando un claro paralelismo con la sentencia de condena y la ejecución de la misma.

ACCION DIRECTA Y ACCION PROCESAL.-- Son objeto de dar mayor relieve doctrinal a los derechos subjetivos concernientes a la constitución, la declaración y la imposición de situaciones jurídicas, conviene recogerlos a todos bajo una idea común, que refleje el dato específico de que el ejercicio de cada uno de ellos realiza plenamente, o, al menos, prevoca una conducta regente sobre una situación jurídica, como objeto ideal independiente. El concepto más adecuado para este fin es sin la menor duda el de acción, de tan hondo arraigo en la ciencia jurídica. Aprovechando las sugerencias que el empleo secular de este concepto nos facilita y aspirando a definir satisfactoriamente una noción de valor genérico en el orden jurídico total, podemos decir que acción es cada una de las formas de actividad de tratamiento de que son susceptibles las situaciones en que el Derecho despliega su fuerza formalizadora.

De donde, distinguiéndose entre tratamiento constitutivo, declarativo e impositivo, procede hablar lógicamente de acción constitutiva, acción declarativa y acción impositiva. Y puesto que cada una de estas formas de acción puede dar contenido a un derecho subjetivo, cabe dar a este derecho con plena justicia el apelativo más concreto de derecho de acción (constitutiva, etc.), o simplemente acción, de acuerdo con la práctica usual del lenguaje científico y ordinario.

Tomada la palabra acción en cualquiera de las dos acepciones, o sea, como actividad de tratamiento de las situaciones jurídicas o como derecho subjetivo relativo a esta actividad, distinguiamos, recogiendo una sugerencia de GUASP, los subconceptos de acción directa y acción indirecta o procesal, según

que la constitución, declaración o imposición de la situación jurídica pueda realizarse con una mera actividad del titular del poder jurídico o bien con la actuación de otro sujeto distinto de un Órgano jurisdiccional (en la primera hipótesis), o que requiera el funcionamiento de la institución procesal.

CONCLUSIÓN.— Delimitados ya los conceptos de constitución jurídica y de derecho de acción constitutiva, dentro de la sistémica total de las formas posibles de tratamiento de las situaciones jurídicas y de las correspondientes figuras de derecho subjetivo definidas por las normas jurídicas con vista a esas formas de tratamiento, y trazada la diferenciación entre acción (como actividad y como derecho) directa y procesal, terminamos este esbozo de teoría general, para centrar ahora nuestro campo de observación sobre la idea de constitución jurídica procesal.

PARTES PRELIMINAR

CONSIDERACION GENERAL DE LA CONSTITUCION PROCESAL

SECCION PRIMERA

EL PROCESO Y SUS FUNCIONES

CONCEPTO DEL PROCESO.— No hemos de entrar a fondo en el problema del concepto del Proceso, sino que nos bastará con una sencilla indicación de nuestra posición al respecto, en la cual queden fijados algunos elementos teóricos con que hemos de trabajar después.

La noción más simple que la observación del fenómeno de la realidad que llamamos Proceso nos sugiere, es la de ser éste un instrumento jurídico al que está encomendado el cumplimiento de un fin. Pero es claro que esta noción adolece de elementalidad, por lo que no puede satisfacer la curiosidad inquisidora del jurista. Se nos hace por ello necesario ahondar más en la sustancia de ese fenómeno para conceptuarle plenamente, analizando el contenido material, por decirlo así, del instrumento mismo, y — de otra parte la naturaleza del fin que justifica su existencia.

SOMOSKKE nos facilita un primer paso al definir el Proceso,

recogiendo la doctrina de KLEIN, como "una institución para el bien social" (1). Aquí encontramos ya dos conceptos más próximos, el de institución y el de bien social. El primero de ellos nos hace pensar en el Proceso como una realidad objetivada en el tiempo; el segundo, en la posibilidad de su fin, vinculado al interés de una comunidad humana. Pero ambos exigen una mayor precisión, que por un lado explique lo que encierra esa realidad objetiva, y por otro puntualice la forma concreta en que el Proceso realiza el bien social.

PRIETO-CASTRO nos da la respuesta a la primera exigencia, al afirmar en la primera parte de su definición del Proceso que éste consiste en la "actividad, jurídicamente regulada, que desarrolla el Estado por medio de sus Organos (los Tribunales que ejercen la jurisdicción) con la participación (activa o pasiva) de los particulares que la promueven..." (2). El proceso es, pues, esencialmente, actividad. Pero no sólo actividad en abstracto, claro está; la actividad hay que entenderla siempre -cuando su causa radica de algún modo en la voluntad humana- referida a unos sujetos que la realizan y a unos objetos sobre que recae. Lo que ocurre es que la noción proceso recarga la atención sobre el elemento actividad de un cierto ámbito de vida social.

Bajo ese concepto de actividad es en rigor una compleja pluralidad de actos de los Tribunales, las partes y otros sujetos que

(1). SCHÖNKE: Derecho Procesal Civil, traducción de PRIETO-CASTRO, pág. 15.

(2). PRIETO-CASTRO: Tratado de Derecho Procesal, Parte civil, I, pág. 28.

cundarios (testigos, peritos, etc.). Pero esa pluralidad es al mismo tiempo objetiva, en razón de la objetividad de la función o fin inmediato que el Proceso cumple en orden a la realización del bien social.

GUASP, recargando la atención sobre el concepto de pretensión, como acción (actividad que pone en marcha el Proceso) y como efecto (objeto del Proceso), y viendo en la satisfacción de pretensiones ese fin objetivo inmediato del Proceso, sintetiza aquella unidad objetiva de actos, siguiendo la doctrina institucionalista del HAURIOU, al conceptuar el proceso como "una institución jurídica destinada a la satisfacción de pretensiones" (1). A través de esa satisfacción de pretensiones, halla efectividad el fin normal del Proceso: la "paz justa" o la "justicia pacífica" (2).

Nosotros, aceptando esta idea institucional del Proceso como instrumento de satisfacción de pretensiones, creemos conveniente integrar esta noción con una referencia al fin último del mismo, tal como lo interpretamos.

Arrancamos para ello de la idea de bien social, apuntada por SCHÖNKE, que preferimos sustituir por la de bien común, más clásica entre nosotros. El Proceso, igual que el Derecho en un plano más elevado, tiende a la realización del bien común; es más: es un medio reglamentado por el propio Derecho para dicho fin. Según la

(1) GUASP: Derecho Procesal Civil, págs. 19 y ss. y 109.

(2) Op. cit., pág. 27.

clásica doctrina, el bien común se logra mediante el orden social, que consiste en una compleja trama de relaciones dinámicas entre los distintos elementos humanos que integran un grupo coherente. Ahora bien: el Estado procura la efectividad de ese orden social de dos modos fundamentales, que podemos llamar directo e indirecto. El primero consiste en la acción inmediata de las normas jurídicas; el segundo es precisamente el Proceso, pero entre ambos medios de ordenación existe una fundamental diferencia: mientras - las normas del Derecho efectúan su ordenación en un plano abstracto y general, el proceso es por naturaleza el campo de la ordenación social sobre casos concretos.

Con esto afirmamos sólidamente que el Proceso participa de - la finalidad ordenadora del poder político. Más concretamente, en relación con el Proceso civil -sobre el que recae nuestra investigación en este trabajo- nos apartamos de la doctrina que subestima el Proceso como un mero instrumento del Derecho privado, para ponerlo en el lugar que le corresponde: un medio indirecto pero - autónomo, con que cuenta el Estado para la ordenación de la vida social. Con toda razón dice GUASP que "desde el punto de vista material, la finalidad sustancial del Proceso no es la de realizar secundariamente los intereses que la norma jurídica protege en - primer grado, sino la de realizar, de modo primario, los intereses de la vida que las mismas normas jurídicas tratan de hacer compatibles" (1).

Por todo lo dicho, y sin pretensión de superar el concepto de

(1) Op. cit., pág. 15.

Proceso que hemos indicado, sino antes bien de darle una expresión más completa y acomodada a nuestro gusto, definimos la expresada realidad jurídica como un complejo de actividades jurídicas, dotadas de unidad institucional, para la realización del orden y la paz social mediante la satisfacción de pretensiones.

OBJETO DEL PROCESO.— Cifando desde ahora nuestro pensamiento al ámbito del Proceso civil, aceptamos la doctrina de GUASP, para quien el objeto del Proceso es la pretensión, entendiendo por ésta "una declaración de voluntad por la que se solicita -- una actuación de un Órgano jurisdiccional frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración" (1).

Admitiendo la justesa de este concepto, es necesario darle un cierto desarrollo, con el fin de cazar en la última raíz de la materia sobre que recae la actividad constitutiva del Proceso.

Si la pretensión consistiera simplemente en la petición al Órgano jurisdiccional de una cierta conducta frente a otra persona determinada, no bastaría para que el mecanismo procesal entrara en pleno funcionamiento (lo cual ocurre en el momento a partir del cual las dos partes pueden actuar ante el Tribunal, es decir, desde el emplazamiento del demandado). Para que tal cosa suceda, es preciso que la petición vaya acompañada de la indicación de la causa por la que se pide aquella conducta. Con esto se cubren tres objetivos: señalar la necesidad de una concreta ordenación social por medio del Proceso, poner de manifiesto el interés del pretendiente en esa ordenación concreta y jus-

(1). Op. cit., pág. 233

tificar la dirección de la pretensión frente a la persona a quien se quiere someter a dicha ordenación. Ni que decir hay, claro está, que esa indicación de la causa de la petición no es preciso - que responda a la verdad para que el Proceso nazca, ni por tanto que sean reales la necesidad, el interés y la justificación que - hemos señalado. Lo importante es la simple afirmación de la repetida causa, su existencia puramente formal a través de la expresión de ideas con que el pretendiente se dirige al Órgano estatal.

Hay, pues, que sostener que ^{en} el concepto de pretensión, como objeto del Proceso, es inseparable la pura petición de conducta - de la afirmación de la causa por que se pide. Son por ello acertadas, aunque incompletas, las palabras de SCHÖENKE cuando escribe que "acción, en sentido procesal (objeto litigioso) es la afirmación jurídica hecha por el demandante" (1). En la pretensión se pide una conducta judicial, en razón de algo cuya realidad se quiere hacer valer ante el Órgano estatal. Cabe por ello considerar la palabra pretensión empleada en dos sentidos: como petición y como intención de hacer valer algo como cierto ante otro u otros sujetos (ambos sentidos son corrientes en el lenguaje ordinario).

Pero ¿cabría unificar en un concepto la múltiple variedad de posibles contenidos que puede tener la afirmación de la causa de petición? El problema es de capital importancia para la comprensión exacta del objeto del Proceso y de la propia función de éste. Desde nuestras concepciones, respondemos afirmativamente la cuestión propuesta y designamos ese concepto unificador con la expresión afirmación jurídica.

(1) Op. cit., pág. 150.

Entendemos por oposición jurídica el choque o desarmonía entre una voluntad jurídica normativa y un hecho en el cual está de alguna manera comprometido el sujeto frente a quien se dirige la pretensión. Expliquemos los conceptos de voluntad normativa y de hecho.

Por voluntad normativa entendemos cada una de las voliciones jurídicas directamente expresadas por las normas de Derecho (ya consistan en atribuciones, en prescripciones o sólo en condiciones -por ejemplo, las formas necesarias para la validez de un contrato- de existencia de unas y otras) o bien inducibles mediante una operación lógica.

Tomemos aquí la palabra hecho en un sentido amplio, que comprende el hecho estricto, la situación de hecho y el acto. No vamos a explicar aquí estos conceptos, por lo que en este punto nos remitimos a la Teoría General del Derecho.

Con unos ejemplos típicos comprobaremos el sentido de los dos elementos lógicos integrantes del concepto de oposición jurídica.

Cuando se pretende ante un Tribunal el pago de una deuda o la devolución de una cosa indebidamente poseída, se afirma la existencia de sendas oposiciones jurídicas; la primera consiste en la desarmonía entre la omisión del pago de la deuda (que puede concebirse como acto negativo o como situación de hecho) y la norma prescriptiva que vincula al deudor a dicho pago; el segundo, en la desarmonía en que, ante la norma atributiva de la propiedad de una cosa, se encuentra la actividad con que otra persona la posee -o la situación de hecho que implica esta posesión.

Si lo que se pretende es que se declare cierta la relación de paternidad entre dos personas, se afirma la oposición impli-

ocada por la desarmonía entre una situación de hecho (desconocimiento de esa relación, en el cual participa el sujeto demandado) y la norma que determina la existencia de la mencionada relación paternofilial -por concurrir los requisitos en ella exigidos-, que es condición para la existencia de la situación jurídica que la paternidad comporta. Algo similar hay que decir -cuando lo que se pretende es que se produzca la casación de una sentencia mediante la declaración de su ilegalidad material o -fornal. Aquí los términos de la oposición son las actuaciones -procesales y las normas de Derecho material o procesal.

En último lugar, si lo que se pretende es, por ejemplo, la incapacitación de un pródigo, la oposición jurídica se dibuja, de una parte, por la conducta desordenada del sujeto frente a quien se pretende, y, por otra parte, por la voluntad jurídica que es contraria a esa conducta, en razón del perjuicio que pug de ocasionar a ciertos parientes de dicho sujeto; voluntad jurídica que hay que inducir de las normas que atribuyen a estos parientes el poder jurídico de promover la incapacitación de aquél.

Conforme a lo expuesto, la idea de oposición jurídica es -el criterio para la delimitación de las dimensiones del Proceso, en su calidad de medio de actuación de la función jurisdiccional propiamente dicha, es decir, la jurisdicción contenciosa, -en contraposición a la llamada jurisdicción voluntaria, cuya naturaleza estriba, a nuestro parecer, en ser su ejercicio una -combinación de actividades encadenadas, promovidas por un acto de petición a un Órgano judicial, en que no se afirma la existencia de una oposición jurídica en el sentido que aquí damos a esta noción.

Reexaminemos el valor conceptual de esta distinción tomando como apoyo de la misma los términos en que se expresa el artículo 1811 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La palabra oposición, de que ésta se vale, aunque con una visión ciertamente estrecha, - para diferenciar las dos clases de jurisdicción, puede ser interpretada con suficiente amplitud para encajar en ella la realidad que nosotros estamos conociendo con la locución oposición jurídica.

En conclusión, podríamos dar, junto a un concepto estricto del objeto del Proceso, que es el mismo de GUASP, anteriormente citado, otro más amplio, que cabe formular así: Declaración de voluntad por la que se solicita una situación de un Ordeño jurisdiccional. Ante a otra persona determinada. al afirmarse (pretendiendo hacer valer) la existencia de una oposición jurídica - que requiere una organización social concreta favorable al autor - de la declaración.

FUNCIONES DEL PROCESO.- Hemos hablado anteriormente de función o fin inmediato, considerando como tal la satisfacción procesal de pretensiones; pero en un sentido más riguroso reservemos el concepto de función para cada una de las formas particulares que asume la dinámica de la energía ordenadora del Proceso.

Si el Proceso es, como hemos dicho, una institución para la ordenación jurídica concreta sobre situaciones de oposición jurídica, mediante la satisfacción de la pretensión que lo pone en marcha, es evidente que sus funciones serán tantas cuantos los modos típicos de realizar esa satisfacción de la pretensión. Para comprender tales modos, hemos de precisar previamente esta última noción.

Nos atenemos rigurosamente al sentido que le da GUASP, cuyo

pensamiento, en punto al fin inmediato del Proceso, ha evolucionado desde el concepto de "actuación de una pretensión fundada", que expone en sus "Comentarios a la Ley de Procedimiento Civil", al de "satisfacción de pretensiones", que encontramos formulado en la obra anteriormente citada. La pretensión es satisfecha tanto si es actuada -es decir, si el Organismo jurisdiccional realiza la conducta pedida por el pretendiente- como si es rechazada; en un caso de manera positiva y en el otro de manera negativa. (1)

Pues bien: si nos colocamos en la hipótesis de satisfacción negativa de la pretensión, vemos que el Proceso cumple -su función final ordenadora, es decir, su fin último, de una sola forma: mediante la declaración del Organismo jurisdiccional por la que se deniega la conducta pedida por el pretendiente. Si, por el contrario, suponemos que la satisfacción de la pretensión se verifica mediante su actuación, la función estricta que el Proceso cumple para su fin ordenador puede ser de dos clases, en razón de las dos naturalezas que puede asumir el objeto de la petición. En efectos de un Organismo jurisdiccional puede solicitarse, en palabras de GUASP, "bien la emisión de una declaración de voluntad, bien la práctica de una operación física, que ya no tenga carácter ideal, sino real"; o dicho con otras palabras, una "manifestación de voluntad"(2).

(1) Ofr. GUASP: Derecho Procesal Civil, pág. 16.

(2) Op. cit., págs. 234 y 237.

Estos dos tipos de conducta se expresan sintéticamente con los conceptos declaración y ejecución.

Integrando los dos puntos de vista en que acabamos de situarnos, podemos ya concluir que el Proceso tiene dos funciones, que circunscribiremos con los conceptos de declaración y ejecución, o lo que es lo mismo, que cumple, por razón de su fin, una "función declarativa" y una "función ejecutiva" (1)

La declaración es la función propia del proceso iniciado por pretensión de cognición, y consiste en la emisión de un acto de voluntad por el Organo jurisdiccional mediante signos — del lenguaje. La ejecución es la función propia del proceso iniciado por pretensión ejecutiva, y estriba en la realización de una conducta material por el Organo jurisdiccional.

Advirtamos que el haber definido la declaración y la ejecución, respectivamente, como funciones estrictas de los procesos de cognición y de ejecución, no excluye dos cosas: la existencia de ejecuciones instrumentales en el proceso de declaración y de declaraciones instrumentales en el proceso de ejecución. Ejemplo, de lo primero, la interrogación de un testigo por el Juez; de lo segundo, la emisión de un acto de voluntad por el Juez al adjudicando la cosa al mejor postor en la subasta.

LAS FUNCIONES DEL PROCESO Y LAS SITUACIONES JURIDICAS.— De jamos indicado en la INTRODUCCION de este trabajo que en ocasiones, para que la constitución, la declaración o la imposición — de situaciones jurídicas, consideradas como objetos de peculia-

(1) PRIETO-CASTRO: Derecho Procesal Civil, I, 1949, págs.4-5

res relaciones jurídicas, ruyiera lugar, es preciso el funcionamiento del mecanismo procesal. Tales ocasiones, por lo que se refiere sobre todo a la imposición, son lo normal. En ellas es ejercitado el correspondiente derecho a la constitución, la declaración o la imposición de una situación jurídica. Hagamos ahora el enlace de aquellas ideas con la teoría de las funciones del Proceso, al objeto de conocer las dimensiones procesales de la constitución jurídica, que es lo que nos proponemos estudiar en este trabajo.

La función procesal declarativa sirve a las tres modalidades de tratamiento jurídico de que son susceptibles las situaciones, reputadas como objetos abstractos independientes. La función ejecutiva, sólo a la imposición de dichas situaciones. Estas afirmaciones, que no son más que expresiones técnicas de lo que la realidad procesal ofrece fácilmente a la observación, requieren ser completadas con unas cuantas precisiones, que pongan de manifiesto los exactos límites de la relación entre las funciones del Proceso y las tres dichas formas de tratamiento de las situaciones jurídicas.

a) Si bien el objeto típico de la actividad final del proceso de función declarativa es la situación jurídica, y el contenido de dicha actividad consiste en la certificación de ésta situación (en su "ascertamento", según la expresión de CARNELUTTI), puede la declaración recaer también sobre realidades jurídicas - distintas de situaciones (por ejemplo, cuando se declara por sentencia la legitimidad de un hijo, no se certifica realmente una situación jurídica, sino el presupuesto legal de la misma) y tener un carácter diferente de una mera certificación (el concepto

de condena, en sentido riguroso, es, como veremos, completamente diferente del de certificación de algo preexistente).

b) La imposición de situaciones jurídicas requiere normalmente la sucesión de dos momentos procesales, que podemos llamar momento impositivo potencial y momento impositivo actual. - El primero está representado por una especial y compleja concreción de la función declarativa procesal (la sentencia de condena); el segundo constituye precisamente la sustancia de la función procesal ejecutiva. En los casos de títulos ejecutivos extraprocesales no es preciso, claro está, para la imposición la indicada sucesión de momentos, sino que se puede pretender directamente la imposición actual.

c) Si bien, como acabamos de exponer, sólo en una cierta concreción de la función procesal declarativa, y con un carácter potencial, realiza ésta la imposición de situaciones jurídicas, tomando la idea de imposición jurídica en un sentido más lato, es indiscutible que en todas las manifestaciones de esa función, es decir en todas las sentencias procesales existe la imposición actual de algo, toda vez que la parte vencida queda siempre ineludiblemente sujeta por el contenido de la declaración, aunque esta sujeción tiene diversa naturaleza en cada caso. El objeto de la imposición, en este amplio sentido, es en todo caso, como se verá, algo distinto de una situación jurídica.

d) El concepto puro de constitución procesal es el que recoge el efecto de una declaración procesal final en que se estima la pretensión que puso en marcha el proceso, por haber que

date cierto que el pretendiente ejercité, al dirigirse al Orga-
no jurisdiccional, un derecho de constitución jurídica median-
te el mecanismo procesal. Pero junto a este efecto constituti-
vo estricto hemos de citar otras manifestaciones de la virtuen-
za de las decisiones procesales finales respecto a la feno-
menología de las situaciones jurídicas. Se trata de estas tres
cosas:

-El efecto constitutivo producido en una sentencia como -
precedente necesario para la satisfacción de una pretensión de-
clarativa de cualquier clase (de mera declaración, de imposi-
ción o de constitución estricta). En la próxima sección de esta
parte de nuestro trabajo veremos que con esta noción nos referi-
mos al dato tipificador de las llamadas sentencias dispositivas
o determinativas.

-La creación del título ejecutivo por la sentencia de con-
dena, es decir, por la decisión declarativa final que realiza -
la imposición potencial de una situación jurídica.

-La producción de fenómenos de constitución jurídica como
consecuencia de la satisfacción positiva de pretensiones de eje-
cución.

Nuestra actitud ante los dos primeros temas será decidida
en la próxima sección, por razones de orden sistemático, toda-
vez que lo que ahora corresponde es hacer una primera delimita-
ción del concepto de constitución procesal, poniendo en relación
con las funciones del Proceso la noción general que ya tenemos.
Y como hemos dicho que la constitución procesal, en su acepción
más estricta, se manifiesta a través de la función declarativa,

estas otras dos formas de eficacia innovativa de la sentencia han de ser contrastadas con la primera en un estudio particularizado de dicha función declarativa. Examinemos, por tanto, aquí el tercer dato apuntado.

El proceso de ejecución da normalmente lugar a múltiples innovaciones en el orbe de las situaciones jurídicas. Unas veces -- se producen en el curso del procedimiento, formadas por las actividades de instrucción encaminadas a disponer las condiciones necesarias para que la conducta material pedida --en que la ejecución sustancialmente consiste-- pueda llevarse a efecto. La modalidad más típica de esta transcendencia es la expropiación de una o más cosas del ejecutado para ser vendidas en subasta o para ser adjudicadas al ejecutante. En otro aspecto, la decisión del proceso de ejecución (la realización de la conducta material, que -- puede consistir en un dar o en un hacer distinto de dar --una -- transformación, según la terminología de CARNELUTTI y GUASP) surge a actuar como un hecho jurídico, igual que otro cualquiera, sobre el cual las normas trazan un cierto efecto constitutivo. Así ocurre que, a consecuencia de la adjudicación de una cosa específica o de la entrega de la cantidad de dinero objeto del crédito ejecutado, obtenida de la subasta, el ejecutante adquiere la propiedad de la cosa o del dinero respectivamente. Cuando el Tribunal, por el contrario, dispone la demolición de una obra ruinosa, da lugar a un hecho cuya transcendencia jurídica supone la desaparición de la propiedad de dicha obra por extinción del objeto.

Ahora bien: ninguna de estas formas de transcendencia jurídica innovativa del proceso de ejecución cabe dentro del concepto de constitución jurídica procesal que nosotros nos proponemos.

Este concepto está para nosotros delimitado rigurosamente por la idea de satisfacción positiva de una pretensión, en el sentido de que la innovación jurídica de que se trata forma parte del contenido del acto de voluntad estatal con que esa satisfacción se realiza. El contenido de la decisión propia del proceso de ejecución se traduce, por el propio concepto de ésta, en una innovación en el mundo material, pero nunca en una mutación en el mundo ideal a que pertenecen las situaciones jurídicas.

CONSIDERACION FINAL.— En consecuencia de lo escrito últimamente, restringimos nuestro campo de investigación al de la función procesal declarativa, para fijar a continuación, a través de un estudio de las manifestaciones de esta función, los límites exactos del objeto central de nuestro estudio y los distintos aspectos que se dan en él. En el curso de ese estudio, adquiriran pleno sentido las varias observaciones que hemos hecho en el párrafo anterior.

Sección segunda

LA FUNCION DECLARATIVA Y LA CONSTITUCION JURIDICA

CONCEPTO DE DECLARACION PROCESAL.- Dejamos indicado anteriormente que la declaración procesal, como función final del proceso de cognición o conocimiento, consiste en la emisión de un acto de voluntad por el Órgano jurisdiccional mediante signos del lenguaje. Profundicemos ahora en la idea de declaración en general, hagta parar en la acepción que nos interesa.

En su significación más amplia, declaración, según el sentido que aquí recabamos con exclusividad para el verbo declarar, es la exteriorización voluntaria de algo por medio del lenguaje. Esta exteriorización puede ser de inteligencia o de voluntad. No de cosas de sentimiento, ni de memoria, porque ésta no es más que una función de entendimiento y aquél ha de pasar por el entendimiento o la voluntad para ser exteriorizado por el lenguaje.

La manifestación activa del entendimiento es el conocimiento; por tanto, lo que hemos llamado exteriorización de inteligencia - por el lenguaje se puede sustituir por la expresión declaración de conocimiento, de valor más concreto.

En el ámbito jurídico-procesal, son declaraciones de conocimiento, por ejemplo, las declaraciones de los peritos y de los testigos.

Contraponemos a declaración de conocimiento declaración de voluntad. Pero hemos dicho que la declaración es una exterioriza-

ción voluntaria; por lo que la declaración de voluntad será una exteriorización voluntaria de voluntad. Examinemos cada uno de estos términos.

La voluntariedad es lo que podríamos considerar la manifestación estática de la voluntad, potencia humana abstracta. La voluntad en concreto, o volición, es la manifestación dinámica de dicha potencia, y asume dos formas fundamentales, que suelen darse entremezcladas: el deseo y la decisión.

La volición puede tener meramente una dimensión interna, es decir, existir sólo en el ánimo del sujeto, o una dimensión externa, mediante una actividad física de exteriorización. Aquí nos interesa la volición sólo como actividad vertida al exterior para su conocimiento por otras personas.

Este acto externo de volición, o volición exteriorizada, puede ser, por tanto, de deseo o de decisión. Prescindiendo del deseo, señalamos como importantes para nuestro objeto tres modalidades de decisión: la petición, el mandato, y la imposición. Aunque parece que la petición no es más que la exteriorización de un deseo, nosotros entendemos estrictamente por petición el acto volitivo externo de decisión animado por la intención de obtener de otro sujeto algo que se desea.

Creemos que de los tres vocablos últimamente empleados, los dos primeros no necesitan aclaración de significado. Si, por el contrario, el de imposición, que es por cierto el más interesante para nosotros.

Imponer es, según la etimología de la palabra, poner algo sobre algo. Tratándose de actos volitivos externos de decisión, es decir, van dirigidos a otros sujetos con el fin de que produzcan efectos en ellos, imposición es la declaración volitiva -acto de deci-

sión- por la que se somete la voluntad de otro sujeto a algo.

Ha de hacerse notar que así como en los actos volitivos en general suelen manifestarse confundidas las formas del deseo y la decisión (no obstante lo cual, las separamos lógicamente, porque en la realidad aparecen una u otra tan destacada y ostensiblemente, que puede llegarse hasta considerar prácticamente - nula la forma que no se evidencia), las modalidades de decisión que hemos enunciado pueden darse en la realidad mutuamente acompañadas. Lo que sucede es que la fuerza de una de ellas privará prácticamente de sustancia a la otra. No cabe dudar, en efecto, que el que manda a otro hacer una cosa, en cierto modo también le pide que la haga. A veces puede resultar difícil saber si un acto de voluntad decisorio es más una petición que un mandato o viceversa. Pensemos en la formulación de una exigencia, lo que se llama petición imperativa, como la pretensión de pago dirigida por el acreedor a su deudor. Pero lo más normal, repetimos, es que una de estas formas de decisión anule a la que la acompaña.

Cifrándonos al ámbito de la realidad jurídica procesal, podemos indicar sendos ejemplos de las tres formas de actos volitivos externos de decisión. La demanda es el acto de petición por excelencia. El emplazamiento del demandado, aunque tiene cierta apariencia de mandato, es en realidad una imposición: la imposición de la carga de comparecer. En cambio, las resoluciones ordinarias del Juez (impulso, documentación, comunicación a las partes) tienen clarísima naturaleza de mandato.

Se observará que estos ejemplos muestran actos declarativos de voluntad que tienen sólo un valor instrumental respecto al cumplimiento del fin inmediato del proceso. Por ello es ya

llegado el momento de definir exactamente la naturaleza de la declaración como función del Proceso, es decir, como actividad final decisoria del proceso de conocimiento.

Creemos estar en lo cierto al afirmar que esta actividad final decisoria, o dicho más brevemente, la sentencia -en que se materializa la función declarativa- tiene esencialmente naturaleza impositiva. En el siguiente epígrafe veremos en qué consiste esta imposición en cada una de las modalidades particulares de la función declarativa.

FORMAS PARTICULARES DE LA FUNCIÓN DECLARATIVA.- Vamos a profundizar en este estudio de la concreción de la función procesal declarativa en las decisiones finales denegatorias o negativamente satisfactorias por carecer de fundamento la pretensión, así como de todas aquellas declaraciones decisorias que dan fin a procesos cuyo objeto mediate (el objeto de la pretensión) tiene naturaleza netamente procesal (tal ocurre, por ejemplo, en el caso del proceso de casación -cuyo objeto mediate es la sentencia recurrida- y en el proceso incidental promovido por una excepción dilatoria). Nuestra atención enfoca estrictamente la repetida función declarativa en los modos típicos de cumplir directamente su fin ordenador a través de la satisfacción positiva de pretensiones. Por tanto, el objeto de nuestro estudio consiste rigurosamente en las modalidades posibles de la decisión jurisdiccional impositiva que, utilizando los signos del lenguaje, cierra el ciclo dialéctico abierto por la pretensión y estructurado por el procedimiento.

Sobre la convicción de que el acto de decisión final del proceso de cognición siempre entraña una declaración, sea cual

por su alcance y contenido, ha adquirido carta de naturaleza en la doctrina procesal la diferenciación de tres formas típicas - que la declaración puede adoptar. Comúnmente se las ha estudiado como adjetivación calificativa de la sentencia; otras veces, vinculadas a la doctrina de la acción, como determinadoras de - otras tantas y paralelas modalidades de ésta; raramente -tal es el caso de GUASP-, enlazadas también a la teoría del Proceso, - como criterios de distinción, dentro de la idea general de éste, por razón del objeto. Nosotras las vamos a estudiar directamente -como se habrá ya advertido-, es decir, como formas de sentencia, puesto que el concepto de sentencia es el que recoge la actuación de la función procesal declarativa; desde luego, viene de en ellas siempre ese valor de broche, por así decirlo, del - ciale antes mencionado.

Dichas tres formas de la declaración procesal decisoria - van implícitas en los conceptos de sentencia constitutiva, sentencia meramente declarativa y sentencia de condena. Efectuemos nosotras una elemental exposición comparativa del contenido de cada una de ellas, para alcanzar nuestro objetivo de situar con rigor el tema de la constitución jurídica procesal. Empezaremos por la sentencia declarativa (dándole el nombre de certificativa, para precisar más su significado) para terminar con la constitutiva, por razones de orden expositivo.

Sentencia certificativa. - Llamemos así al acto de satisfacción positiva de una pretensión por la función declarativa "cuando lo que se solicita del Órgano jurisdiccional es la simple declaración de una situación jurídica que existe con anterioridad a la decisión, basando la sola certeza jurídica de

aquella" (1).

Como vemos, este tipo de sentencia realiza una de las formas de tratamiento de que son susceptibles las situaciones jurídicas, mediante el mecanismo del Proceso. Con ella se cierra un proceso declarativo promovido por pretensión declarativa. Como ya hemos hecho observar que la función procesal declarativa tiene una extensión mayor que la señalada por este ciclo dialéctico: pretensión-sentencia de pura declaración de una situación jurídica, sustituimos la adjetivación dada al proceso y a la pretensión -lo mismo que hemos hecho al principio con la sentencia- fijando los términos pretensión certificativa y proceso de certificación o certificativa.

Este tratamiento procesal de las situaciones jurídicas puede concretarse aún en dos posibilidades, según que lo que se certifique sea la existencia o la inexistencia de una situación. Esta duplicidad de concreciones es recogida por la doctrina en los conceptos de sentencia declarativa positiva y sentencia declarativa negativa. De cualquier modo, la institución procesal realiza en esta manifestación particular, como dice PRIETO-CASTRO, "el bien inherente a la seguridad jurídica, que puede negarse aun no habiendo violación de derechos, mediante el pronunciamiento vinculante de un Tribunal" (2). El fin de ordenación social del Proceso se cumple aquí mediante la certidumbre

(1) GUASP: Comentarios, I, pág. 337.

(2) Derecho Procesal Civil, 1949, pág. 61.

jurídica, cuya producción, como fin en sí misma, es -dice CHIO VENDA- "de una parte, la función más autónoma del Proceso, por que procura un bien que no puede conseguirse otra manera; por otra parte, es la función más elevada del proceso civil", toda vez que se nos presenta como instrumento "de facilitación de la vida social, mediante la eliminación de dudas que se cruzan en el normal desenvolvimiento de las relaciones jurídicas" (1)

Si se fija la atención en el contenido de esta modalidad concreta de la función declarativa, se observa que, al satisfacerse positivamente la correspondiente pretensión mediante la certificación de la existencia e inexistencia de la situación jurídica de que se trate, se declara implícitamente la existencia en el pretendiente de un derecho de acción declarativa procesal al plantear dicha pretensión y defenderla en el curso del proceso; declaración que fructifica en la cotización del mencionado derecho, que la sentencia concede y realiza.

A través del contenido indicado, actúa la eficacia impositiva del acto decisorio de voluntad exteriorizado por signos — del lenguaje, en que la función procesal declarativa se materializa siempre. Pero ¿en qué consiste dicha imposición en el supuesto de que nos estemos ocupando, es decir, cuando el mencionado acto de decisión es una sentencia certificativa? Respondenos a esta cuestión afirmando que la sentencia certificativa impone a la parte vencida la certeza de la existencia o inexistencia de una situación jurídica, en el sentido de someterla —le —

(1) Instituciones de Derecho Procesal Civil, Madrid, 1948, I, pág. 217.

expresamos con palabras de GUASP- (1) a la indiscutibilidad futura de la realidad jurídica certificada, desde el momento en que dicha sentencia posee fuerza de cosa juzgada. Indiscutibilidad que puede explicarse como una limitación negativa de la potestad abstracta (acción procesal indeterminada concedida por el Derecho Constitucional) que el sujeto vencido, como cualquier otro ciudadano, tiene de proveer en favor propio la actuación de los Organos jurisdiccionales del Estado.

Para reconocer la exactitud de nuestra aseveración, basta con examinar cualquiera de los casos de sentencia certificativa que la experiencia procesal nos muestra. Si -utilizando el ejemplo característico de una hipótesis admitida en nuestro Derecho positivo- el Juez declara frente a un sujeto A que B es hijo legítimo suyo o de un tercero, la eficacia impositiva de la sentencia para el primero consiste en la ineludibilidad de la forma o situación jurídica que dibuja la Ley sobre el hecho de la generación natural en determinadas circunstancias; ineludibilidad que, aunque apoyada en la misma Ley, adquiere con la sentencia un sello especial de certeza incontrovertible. Análogamente sucede en la certificación procesal de la inexistencia de una servidumbre, de la calidad de miembro de una sociedad, etc.

Sentencia condenatoria.- El contenido de esta forma particular de la función declarativa es más complejo que el expuesto a propósito de la sentencia certificativa. Asimismo, la eficacia impositiva tiene una densidad mucho mayor, hasta tal punto que hace merecer a esta sentencia el calificativo de impositiva per antonomasia, toda

(1) Explicaciones de Cátedra. Curso 1957-58.

vez que con ella se actúa lo que hemos llamado imposición procesal de las situaciones jurídicas (concepto, como se vé, más reducido que el de imposición general, correspondiente a todas las sentencias).

La sentencia de condena contiene un complejo acto de voluntad del Estado -manifestado a través del Órgano jurisdiccional- por el que se declara al sujeto vencido obligado, según el Derecho material, a realizar una determinada prestación, y al mismo tiempo se crea el título para que, caso de inobservancia de dicha obligación, pueda producirse sustitutivamente, mediante una actividad jurisdiccional ejecutiva, la consecuencia que de su cumplimiento habría derivado, en la cual consiste precisamente la efectividad del derecho del pretendiente vencedor; o dicho de otro modo: se crea la eventualidad de una ejecución procesal contra el mismo sujeto vencido.

Los dos aspectos enunciados: declaración procesal de una obligación (de la situación jurídica a la que pertenece, por tanto) y creación de una eventualidad de ejecución, no tienen sustantividad independiente, sino que están en función uno de otro; es más, aquél va normalmente implícito en éste (la declaración de certeza de la obligación alienta en el fondo de la misma palabra condena o condenancia en que se concentra la sustancia del fallo). El primero consiste en una imposición de certeza, materialmente idéntica a la que da contenido total a la sentencia certificativa, pero no funcionalmente autónoma como ésta, sino con valor instrumental o de presupuesto respecto a la decisión impositiva condenatoria estricta.

Que la actividad condenatoria de los Órganos jurisdiccionales tiene naturaleza impositiva y que el objeto de esta imposi-

ción es la eventualidad de una ejecución futura, no es, ni mucho menos, una concepción que tenga unánime asentamiento en la doctrina jurídica procesal. La opinión más extendida parece ser la predominante entre los autores alemanes, que ve en la condena la emisión de un mandato concreto de prestación dirigido por el Juez al sujeto obligado previamente por el Derecho material (1). OHIOVENDA habla de un mayor vigor que con la condena cobra la obligación preexistente, por cuanto el acto condenatorio implica el promunciamiento de un mandato de mayor fuerza obligatoria (2). GUASP, entre nosotros, considera la condena como una "especial intimación" que realiza el Organo del Estado, consistente en hacer pesar sobre el sujeto pasivo de la pretensión una obligación que promuncie frente a él (3).

A nuestro juicio, si bien el aspecto certificativo (imposición de certeza) de la sentencia condenatoria refuerza ciertamente en un mayor vigor de la preexistente^{te} obligación jurídico-material, haciéndola pesar más fuertemente sobre el deudor, por cuanto la hg se indiscutible para el futuro, la esencia de la condena está en la sujeción del vencido a la eventualidad de la ejecución futura sobre él, que se superpone a la indicada certificación (normalmente implícita, como hemos apuntado antes). Aceptamos por ello la doctrina de GALAMANDREI, en cuanto considera como función de la

(1). V. las interesantes observaciones que a esta doctrina hace GALAMANDREI en su estudio "La condena", incluido en la traducción española de los Estudios, debida a SANTIIS MELERIO, Buenos Aires, 1945, t.I. pág. 552 y ss.)

(2). Ofr. Instituciones, I, 1948, pág. 191.

(3). Ofr. Derecho Procesal Civil, págs. 236-237.

sentencia de condena "la de constituir el estado de sujeción en fuerza del cual el condenado es puesto a merced de los Organos ejecutivos y obligado a sufrir pasivamente la ejecución forzosa como un mal inevitable" (1); si bien no aceptamos su idea de - que la sentencia realiza una transformación de la preexistente obligación en sujeción (2), pues entendemos que la imposición condenatoria se superpone a la situación jurídica material previamente certificada, que se mantiene subsistente.

La eventualidad que es objeto de la imposición condenatoria, se explica -apenas hace falta precisarlo- por dos razones: la posibilidad que tiene el condenado de eludir la ejecución cumpliendo su obligación, impositivamente certificada en la sentencia, y la necesidad de una nueva pretensión del demandante vencedor para hacer efectiva la ejecución, en el caso de no ser cumplida la obligación.

Si transportamos todos los conceptos expuestos al plano teórico del tratamiento de las situaciones jurídicas, encontramos en las sentencias de condena el mecanismo de lo que hemos llamado imposición de situaciones jurídicas por el Proceso. Se recordará que hemos definido la imposición de una situación jurídica como la ineludible sumisión del sujeto o los sujetos que en ella aparecen en posición de obligados, a la producción de la situación de hecho a través de la cual adquiere efectividad el interés tutelado por las normas al sujeto o sujetos de las atribuciones jurídicas. Admitiéndose este concepto, ha de reconocerse que, en rigor, sólo con una actividad procesal ejecutiva, es decir, con

(1). Op. cit., págs. 560-561.

(2). Cfr. pág. 560

una conducta material de un Órgano jurisdiccional, puede ser realmente impuesta una situación jurídica. Ahora bien: cualquiera que para la satisfacción positiva de una pretensión ejecutiva es indispensable que ésta esté fundamentada en un título ejecutivo (o sea, un medio material merced al cual -conste la incontrastable certeza de la situación jurídica a ejecutar) y, aparte de los casos de títulos ejecutivos extra procesales, ese título no puede ser más que una sentencia de condena, es evidente que ésta juega el papel de presupuesto necesario para la imposición estricta de la situación jurídica. Lo que significa que la eficacia impositiva depende tanto de la declaración procesal condenatoria como de la actuación material ejecutiva. Sacando a escena la terminología -que apuntamos en una consideración precedente, podemos decir que mientras la sentencia condenatoria impone potencialmente una situación jurídica, la ejecución procesal actualiza dicha imposición.

Por consiguiente, vale lo mismo decir que la sentencia de condena impone actualmente al procesalmente derrotado la eventualidad de la ejecución de la situación jurídica de que se trate, como que le impone potencialmente esta situación.

Con lo dicho queda suficientemente esclarecido el mecanismo de otra de las formas de tratamiento procesal de las situaciones jurídicas. Al realizarla el Proceso, en aras de su fin ordenador, mediante la satisfacción positiva de una pretensión de declaración condenatoria, actúa la eficacia de un derecho de imposición procesal de una situación jurídica, que -como implícitamente reconoce la sentencia al actuarle- fué accionado al solicitarse la decisión jurisdiccional.

Sentencia constitutiva.-- Llegamos en esta definición comparativa de las formas particulares de la función procesal declarativa al plano de la manifestación de ésta que constituye el núcleo del presente trabajo.

Iniciado el estudio de la sentencia constitutiva en la doctrina jurídica alemana, como nos dice CHIOVENDA (1), siendo WACH y SCHMIDT los primeros autores en que aparece (con más precisión en el segundo) la clasificación tripartita de las sentencias, el tipo de la sentencia constitutiva ha quedado consagrado en la teoría y en la práctica procesal. Todo los autores le dedican un espacio mayor o menor en sus obras generales de Derecho Procesal (destaca CHIOVENDA, que se ocupa con bastante extensión de ella en los Principios y en las Instituciones); además ha recibido estudios más detallados en obras monográficas y en artículos, que oportunamente iremos citando, en la medida en que han llegado a nuestro alcance. En la literatura jurídico-procesal española, desde luego, no encontramos, aparte de las referencias bastante breves de las obras generales, más que algún que otro artículo, de escaso interés por cierto, consagrado a este tema.

Este último hecho, unido a nuestro deseo de profundizar en la naturaleza y trascendencia del fenómeno jurídico implicado en las sentencias constitutivas, situándolas en el marco total de la constitución jurídica en virtud de la actividad procesal decisoria, puede justificar la empresa de este trabajo. En su construcción, sobre el cimiento de la doctrina de GUASP sobre la fenomenología de las situaciones jurídicas, nos valdremos de todo

(1). V. La Acción en el sistema de los derechos, en los Ensayos cit., pág. 125, nota 115.

el material bibliográfico que nos ha sido posible reunir, de las disposiciones de nuestro Derecho positivo y de nuestra meditación personal, siempre atraída por el problema de la constitución jurídica en la esfera real del Proceso, que estimamos necesitado de una exposición sistemática. A tal fin van dedicados nuestros esfuerzos posteriores.

Para cerrar, ante todo, el esquema de la clasificación tripartita de la función declarativa, que ha sido nuestro primer paso obligado, vamos a explicar el lugar que la sentencia constitutiva ocupa en el plano de la eficacia impositiva del acto volitivo decisivo con que termina siempre el proceso de cognición, comenzando por la indicación de su concepto.

Llamamos constitutiva a aquella sentencia que, conteniendo, como todas las demás, un juicio lógico y un imperativo de voluntad, satisface positivamente la pretensión en que se solicita del Órgano jurisdiccional que, mediante un acto declarativo de voluntad, produzca uno de los tres momentos existenciales en una determinada situación jurídica: su nacimiento o constitución estricta su modificación o su extinción.

Esta sentencia cumple el fin ordenador del Proceso como consecuencia de la certidumbre adquirida por el Órgano jurisdiccional sobre la realidad del acontecimiento o serie de acontecimientos —comportando un cierto fenómeno de desarmonía jurídica— alegados como título de la petición. Ello tiene lugar en todos aquellos supuestos de situaciones jurídicas en que, para la producción de uno de los indicados efectos, la Ley prefiere atribuir la facultad eficiente a un Juez, en vez de reservarla, como en otros casos, a los mismos sujetos afectados en dichas situaciones, obedeciendo a re-

zones de oportunidad y seguridad (1) o, como expresa OHIOVERDA, en atención a la mayor utilidad que, dada la naturaleza de la relación (situación, según nuestro concepto), tenga para el interés del comercio jurídico, el orden público y los derechos de terceros la certeza y la publicidad inherentes a la sentencia (2).

De este modo se actúa la tercera forma de tratamiento procesal de las situaciones jurídicas, que va penetrada, como las otras dos, de la fuerza impositiva característica del acto declarativo de voluntad con que el Proceso cumple, en su modalidad de cognición, el fin inmediato de la satisfacción de protecciones. Pero ¿qué naturaleza y contenido tiene la imposición procesal en las sentencias constitutivas?

No encierra dificultad responder a esta cuestión. Con la satisfacción positiva de la pretensión de constitución jurídica, el demandado vencido queda sometido a la ineludibilidad de la creación, la modificación o la extinción de una forma jurídica que la afecta. La realidad jurídica que se le impone es esa transformación operada en el mundo del Derecho, cuya existencia es actual y automática, efecto inmediato de la sentencia. Cuando, por ejemplo, el Juez anula un contrato en la sentencia (ponemos uno de los supuestos más característicos), actuando una pretensión impugnatoria, por extimar alguna de las causas que provocan la ineficacia relativa de los negocios jurídicos, el demandado se ve afectado por la sentencia en el sentido de per-

(1) V. PRINETO-CASTRO, Derecho Procesal Civil, I, pág. 64.

(2) Cfr. Principios, I, 1922, pág. 212.

der los derechos que del contrato nacieron a su favor. Naturalmente, también pierde, por decirlo así, las obligaciones que hubiera contraído; pero este aspecto es prácticamente ajeno a la idea de imposición.

EXTENSION DE LA EFICACIA CONSTITUTIVA DE LA FUNCION DECLARATIVA.— Con el final de la exposición que antecede hemos llegado al corazón de nuestro tema. Pero, como ya hemos anunciado, no queda, sin embargo, acotado así el campo total de la constitución jurídica imputable directamente a la función procesal declarativa. A la hipótesis pura que hemos enunciado en el epígrafe anterior, que —toma vida cuando con una sentencia se cierra el ciclo procesal —abierto y adjetivado por una demanda constitutiva, hay que agregar otras posibilidades de constitución por declaración procesal. Se trata en todo caso de fenómenos innovativos directamente imputables al acto de voluntad estatal de una sentencia, no meramente —derivados de ésta por las normas objetivas como de un hecho jurídico cualquiera.

En el último epígrafe de la sección anterior dejamos indicadas dos manifestaciones de constitución jurídica por sentencia distintas de la que da sustantividad al tipo de decisión declarativa que acabamos de definir; se trataba de la creación del título ejecutivo por la sentencia de condena y del efecto innovativo propio de las llamadas sentencias dispositivas, determinativas o especificativas.

En el pensamiento jurídico de diversos escritores procesalistas reina la idea de que la sentencia de condena tiene naturaleza constitutiva, en cuanto da origen, a favor del demandante vencedor, al derecho de éste a obtener la actuación de su crédito re-

diente la ulterior actividad ejecutiva forzosa. Este concepto fué claramente visto por HELLWIG (1). Según este famoso procesalista, con la sentencia de condena consigue el vencedor el derecho a promover la ejecución; derecho público, dirigido contra el Estado en sus Organos ejecutivos. Este derecho es creado por la sentencia, que por esta razón es, en el ámbito del Derecho Procesal, constitutiva. En la doctrina francesa podemos citar a LEON MAZEAUD, para quien la sentencia de condena, al par que declarativa es, constitutiva, por cuanto "crea un derecho que no existía antes: el derecho a la ejecución forzosa" (2). En la doctrina italiana son de notar las opiniones de CALAMANDREI y BETTI. El primero ve en la condena, tal como hemos anotado en lugar anterior, la constitución de la sujeción del litigante vencido a la ejecución forzosa (3). Para BETTI (4), la sentencia de condena tiene valor constitutivo respecto a la acción ejecutiva, que es una nueva forma, inexistente con anterioridad, que asume la acción procesal por efecto de la sentencia.

Hay posturas doctrinales que difieren de estos criterios. Para SATTI, el título ejecutivo no significa más que la constatación, en sentido lógico, de las condiciones que legitiman la aplicación del medio efectivo de tutela en los casos que dan lugar a sentencias de condena: la ejecución o realización forzosa del de

(1) V. en "Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts", Leipzig, 1903, I, pág. 47.

(2) De la Distinction des jugements declaratifs et des jugements constitutifs de droit, en la Revue trimestrielle de Droit Civil, 1929, pág. 19.

(3) Cfr. "La condena", en Estudios, cit., pág. 561.

(4) Citado por RASELLI: "La sentenza determinativa e la classificazione generale delle sentenze", en los Parlari civili in corso di Rassegne Giuridiche, pág. 571.

recho. Lo cual significa que, en el caso de lesión de un derecho subjetivo, lo que la Ley concede al titular es un derecho de acción ejecutiva, en la cual va reabsorbida la acción de condena, tendente a aquella constatación de las condiciones de la ejecución (1). En términos parecidos se expresa INVREA, que niega tanto la teoría de que la condena supone establecimiento de la sujeción a la ejecución como la de que con ella se crea el derecho a esta ejecución (2).

Nosotros optamos por la primera posición teórica. Aunque es bien cierto que la forma de tutela jurisdiccional consistente en la imposición de una situación jurídica material se realiza de una manera plena y actual a través de la función ejecutiva, no creemos que deba verse en la condena una mera preparación de esa función, sino una eficacia tuteladora autónoma, consistente precisamente en la creación de la eventualidad de una ejecución futura, que puede actuar normalmente como una coacción hacia el vencido, determinante de que éste cumpla la obligación que la sentencia ha certificado, sin necesidad de esa ejecución. El mecanismo de la imposición procesal de las situaciones jurídicas está dividido en dos momentos, uno potencial (la condena) y otro actual (la ejecución). El derecho de acción que la Ley concede normalmente en los casos de incumplimiento de deberes de prestación tiene por objeto precisamente esa imposición potencial, -previa la cer-

(1). Cfr. Prospettive generali alla dottrina dell'esecuzione forzata, en la Rivista di Diritto Processuale Civile, 1932, I, pág. 396.

(2). V. La sentenza di condanna, en la Riv. Dir. Process., 1935, I, pág. 90.

tificación de la situación jurídica material de que se trate- la cual consiste ni más ni menos en que ^{la} creación del derecho de acción ejecutiva, que sustituye al de acción de condena, ya se--tisfecho.

Este derecho de acción ejecutiva es de naturaleza procesal, puesto que emana del acto concreto de voluntad estatal que pone fin al proceso declarativo, y pertenece a la clase de los derechos potestativos. La posición correlativa de sumisión es doble; de una parte, la ^{sujección} ejecución del Organo jurisdiccional competente para la ejecución, a la eventualidad de quedar obligado a despa--charla en cuanto la acción sea ejercitada; de otra parte, la su--jección del condenado a la eventualidad de invasión de su esfera jurídica (expropiación de cosas, destrucción de lo mal hecho, -- etc. --por lo menos una restricción de sus libertades jurídicas al desposeerle de la cosa que indebidamente detentaba, en el ca--so de acción reivindicatoria). Una vez ejercitado el derecho po--testativo, se transforma en derecho de prestación o personal, -- frente al cual figura la obligación ejecutiva del Organo juris--diccional, que se ha actualizado. Cumplida esta obligación, se actualiza la imposición de la situación jurídica material, que es lo mismo, la modificación de la esfera jurídica del ejecu--tado.

No obstante esta doctrina, no parece que haya suficiente mo--tivo para enfrentar a las sentencias meramente declarativas (de declaración de certeza o certificativas, como nosotros las llama--mos) otro dilatado grupo formado por las sentencias constituti--vas, susceptible de una subdivisión interior en sentencias sim--plemente constitutivas y sentencias constitutivas condenatorias o susceptibles de ejecución. El interés técnico del concepto de

sentencia constitutiva quedaría muy reducido, pues la idea de constitución procesal vendría casi a coincidir con la de tutela jurisdiccional, por sentencia (máxime si se tiene en cuenta que también la sentencia certificativa tiene una cierta trascendencia constitutiva, por cuanto a consecuencia de ella el litigante vendría experimentando -tal como dijimos precedentemente- una limitación futura de su potestad abstracta de acción procesal). El concepto riguroso de la sentencia constitutiva ha de quedar delimitado en el sentido de que el fenómeno de formalización o desformalización jurídica de la sentencia se refiere a una situación jurídica de naturaleza material (no procesal, como la de la acción ejecutiva, ni jurídico-constitucional, como la de la potestad abstracta de acción procesal), y es el objeto directo y exclusivo del interés del demandante al dirigirse al Órgano jurisdiccional (cosa que no sucede en los casos de condena, en los cuales lo que el demandante persigue directamente es la efectividad de un derecho subjetivo material conculcado).

Estas últimas observaciones nos han servido para acotar definitivamente el terreno de lo que vamos a llamar constitución procesal sustancial, es decir, aquel fenómeno de formalización o desformalización jurídica, relativo al orden de las situaciones jurídicas materiales, que, siendo directamente provocado por el acto de voluntad estatal contenido en una sentencia, da sustantividad independiente a una forma particular de la función procesal declarativa, por cuanto realiza plenamente un modo de la tutela jurisdiccional de intereses subjetivos.

A esta constitución procesal sustancial estará dedicada la parte central de nuestro trabajo, que comenzaremos enseguida. Junto a ella, estudiaremos el fenómeno que vamos a conocer con el

nombre de constitución procesal accidental, que corresponde al ya anticipado concepto de las sentencias dispositivas o determinativas.

Entendemos por sentencias dispositivas aquellas en que, al satisfacerse una pretensión certificativa, constitutiva o condenatoria, la imposición efectuada por el Órgano estatal en cualquiera de estas formas presupone lógicamente la plena fijación, por el mismo Órgano, de una situación jurídica -normalmente material- que con anterioridad a la decisión tenía una existencia imprecisa, existía indubitadamente pero con indeterminación de sus elementos estructurales o, presentando una estructura suficientemente definida, adolecía de un defecto de armonía respecto a las exigencias de la justicia, justificativo de una alteración en dicha estructura.

Desarrollaremos este concepto sintético en el lugar correspondiente, por lo cual aquí nos limitamos a situarlo en el planteamiento total del programa de nuestra investigación subsiguiente, y a indicar algunos ejemplos de sentencias dispositivas, que sirvan como exponente del material sobre el cual habremos de trabajar. Son casos interesantes de sentencia dispositiva, por ejemplo, estos tres:

-La que declara la cosa que ha de entregarse, cuando, en un supuesto de obligación genérica, de las partes no se ponen de acuerdo sobre la entidad de esa cosa específica.

-La que disuelve una sociedad, previa la fijación discrecional de un justo motivo, permitida expresamente por la Ley.

-La que condena al pago de los alimentos debidos, previa la determinación de la cuantía de los mismos.

En cada una de estas hipótesis, el especial fenómeno constitutivo consiste en la fijación de una situación jurídica: la que se ha de certificar (la obligación genérica, especificada), imponer (el crédito de alimentos) o agotar mediante una constitución sustancial (el derecho a la disolución procesal de la sociedad).

El carácter de presupuesto lógico que en cada uno de estos casos, como en otros diversos que veremos a su tiempo, tiene la expresada fijación de una situación jurídica respecto a la actuación de la tutela certificativa, condenatoria o sustancialmente constitutiva, es el motivo por el cual integramos todas las varias manifestaciones de ese fenómeno en el concepto de constitución procesal accidental.

Pero antes de pasar a estudiar por separado cada una de las dos indicadas vertientes de la constitución jurídica procesal, debemos enlazar la noción de las mismas con otro par de conceptos, cuya consideración es imprescindible para el conocimiento de la dialéctica del régimen jurídico propio de cada una de ellas. Pasemos a presentar dichos conceptos bajo el epígrafe siguiente:

LOS PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA FUNCION DECLARATIVA.- El Derecho proyecta en sus normas un orden social mediante la definición de una multitud de situaciones jurídicas. Esta eficiencia formalizadora de elementos subjetivos, objetivos y activos, combinados en figuras unitarias de significación social, se apoya en dos principios trascendentes a la propia estructura de las situaciones jurídicas (seguimos en esto el pensamiento jurídico de GUASP) y, por tanto, de las relaciones jurídicas que éstas entrañan. Estos principios han recibido plena precisión en la doctrina jurídica bajo los conceptos de justicia y seguridad. Ambos

operan muy variamente sobre la regulación de la vida social que el Derecho traza. Nosotros no vamos a penetrar aquí en su esencia, pues sólo queremos citarlos para enfocar debidamente nuestro actual tema, haciendo observar el valor sustancial que uno y otro tienen en su función informadora de las normas jurídicas. Con esto queremos decir que su esencia (reductible lógicamente a las ideas más simples de igualdad y fijesa, respectivamente), cuando se la refiere a unas normas determinadas se encuentra realmente alentando en el seno de ellas.

Pero junto a la ordenación social que el Derecho realiza directamente con carácter de generalidad, el Estado ordena también la vida social en los casos concretos de quejas jurídicas, por medio del Proceso. Esa función ordenadora la cumple el Proceso dentro del área ideal de dos principios jurídicos: el de legalidad y el de equidad. Uno y otro tienen, en relación con la eficacia real de la ordenación jurídica procesal, un puro valor formal, como explicaremos después.

Que el Proceso se inspira en el principio de legalidad quiere decir -aparte de que su funcionamiento sea halla rigurosamente regulado en un cuerpo de normas jurídicas propias: el Derecho Procesal- que su función ordenadora, e más próximamente, la satisfacción de las pretensiones que lo ponen en marcha, se realiza conforme a la pauta marcada por normas jurídicas materiales preexistentes; o dicho de otro modo, que los Jueces deben decidir en el sentido de aplicar estrictamente dichas normas materiales.

Sobre la valoración de este principio, se han elevado las construcciones doctrinales del Proceso como instrumento para la realización del Derecho objetivo, que llegan al punto de situar-

lo en una posición de servicio al Derecho privado. Nosotros, apoyados en razones ya argüidas con anterioridad, entendemos de modo diverso el principio de legalidad. El proceso, como justamente sostiene GUASP (1), no es un servidor del Derecho privado, sino una institución jurídica, de entidad autónoma, con un fin propio que sólo implica relación de servicio con respecto a la realización del orden social a través de la satisfacción de pretensiones. Para cumplir dicho fin, el Proceso se vale de las normas del Derecho material -que nos aparece, desde esta perspectiva, como un instrumento suyo- en virtud del principio de legalidad.

Se acostumbra a definir la equidad como la justicia del caso concreto (2). La Ley, dada la generalidad de sus normas, aunque tiende normalmente a realizar la justicia en cada uno de los casos, no siempre puede conseguirlo plenamente. Por ello hace falta que, ante esos casos particulares, cuando se presenta la necesidad de una ordenación jurídica sobre ellos, -lo cual ocurre precisamente en el Proceso, en virtud del planteamiento de un queja social-, se realice la adaptación de las normas a las circunstancias de los mismos, para darles "un tratamiento más blando y benévolo" (3). Este concepto de la equidad como criterio de corrección de la generalidad de la Ley, responde al pensamiento aristotélico, expresado en la Moral a Nicómaco (Libro V, cap. X).

Pero no se reduce el papel de la equidad a este de ser un método para la adaptación de las normas existentes a los casos

(1). V. nota pág. 2

(2). V. en este sentido LEGAZ: Introducción a la Ciencia del Derecho, 1943, pág. 435.

(3). GASTAN: Derecho Civil, I, 1949, pág. 159.

de la vida. Numerosas son las ocasiones en que el Derecho, al definir las situaciones jurídicas, se remite a ciertos criterios valorativos o conceptos standard, como la buena fe, la oportunidad, la diligencia de un buen padre de familias, etc. Al presentarse la oportunidad de recurrir a estos criterios, el Juez tendrá ocasión de actuar el principio de equidad.

Otras veces, se da la circunstancia de que las normas generales silencian la regulación de ciertos supuestos o aspectos; por lo cual, en la tesitura de una necesaria regulación concreta por el Proceso, el Juez ha de obtener un criterio racional que le proporcione la solución. El Derecho objetivo, ante tal eventualidad, señala dicho criterio -o criterios- en normas abstractas, como la del artículo 6 de nuestro Código Civil. En los principios generales del Derecho, cuya utilización dicho artículo prescribe, es - donde, al decir de DEL VECCHIO, "el criterio de la equidad puede obtener una influencia amplia y benéfica" (1). Bien es verdad que en España los Jueces no son libres de extraer esos principios generales, pues, como expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de 12-VI-1926, a este Tribunal "está encomendada la aplicación de los principios generales del Derecho..... a los casos litigiosos sometidos a su definitiva resolución" Lo cual significa que los Jueces de instancia sólo en cuanto sancionados jurisprudencialmente pueden aplicarlos. Pero no obstante este límite a la invocación de los repetidos principios, el papel de la equidad es significativo en su fijación por el Tribunal Supremo y en su aplicación por los Jueces de instancia, previa la definición jurisprudencial.

Pero aun hay otra manifestación de la función del principio de equidad. Nos referimos a los casos en que las mismas normas de

(1). Filosofía del Derecho, trad. esp., pág. 336.

tutela jurisdiccional (intermedia, judiciales o instrumentales, como las denominaremos posteriormente) conceden al Juez el poder de decidir discrecionalmente sobre algún aspecto de una situación jurídica, en la circunstancia de una necesidad de ordenación procesal. Estos son los supuestos que podemos llamar de equidad concreta -en contraposición a equidad como criterio general de ordenación jurídica, que corresponde a las hipótesis antes mencionadas-, que son los más interesantes para nosotros en la presente investigación.

Los dos principios, legalidad y equidad, actúan con intensidad variable como rectores de la decisión jurisdiccional. Puede darse el caso de que intervenga estrictamente el de legalidad, si el supuesto discutido en el juicio está perfectamente regulado por las normas generales; pero no puede decirse lo mismo respecto al principio de equidad, puesto que el Juez siempre encontrará, ante las circunstancias del caso sometido a su decisión, alguna norma material aplicable, por muy vaga y general que sea (aparte, claro está, de que al actuar siempre cumplirá normas procesales). Cuando rige este principio de equidad, lo hace siempre combinándose con el de legalidad, actuando, según los casos, con mayor o menor trascendencia que éste.

La intervención de los dos principios se manifiesta a través de las tres formas particulares de la función procesal declarativa, aunque, como es natural, el problema de su conjugación ofrece mayor importancia en los procesos de condena, dada la preponderancia numérica de éstos sobre los puramente declarativos y los constitutivos.

Pero el dato más significativo que hemos de consignar aquí es el de que siempre que se produce uno de los fenómenos de inmo-

vación jurídica que hemos sintetizado en el concepto de constitución procesal accidental, la conducta jurisdiccional decisoria es regida, con mayor o menor amplitud, por el principio de equidad. Bástenos con dejar consignado este dato, como anuncio de uno de los más interesantes aspectos que habrán de ocuparnos en nuestra investigación futura.

Dijimos antes que, a diferencia de los principios de justicia y seguridad, que suelen informar sustancialmente las normas del Derecho objetivo, los de legalidad y equidad, que rigen la función procesal declarativa, tienen solo un valor formal. Queremos decir con ello que, teniendo el Juez el poder y el deber de decidir según ley o según equidad, la eficacia positiva y normal de su resolución, adoptada según uno u otro, no significa siempre que exista una completa conformidad entre el acto volitivo estatal, o sea, la norma invocada, y el contenido de dicha resolución -por lo que se refiere al principio de la legalidad-, ni que -por lo que atañe al de equidad- la indicada resolución, dictada en el ejercicio de un margen de poder discrecional, contenga realmente la solución equitativa del caso enjuiciado. El riesgo de esta desarmonía posible es mayor cuando actúa el principio de equidad. Como dice exactamente GUASP, la equidad tiene la ventaja de su mayor idoneidad para la realización de la justicia, pero es un arma de dos filos, por cuanto proporciona menos seguridad que el procedimiento de normatividad o legalidad (1).

CONSIDERACION FINAL.- Llegamos así al final de estas cuestiones preliminares de nuestra investigación, y, ajustándonos a la fi

(1). V. nota pág. 2.

jación ya hecha del plan que ha de regir el trabajo posterior, nos disponemos a emprenderlo. Este plan contiene, como se recordará, una división en dos partes; la primera de ellas la dedicamos a la que hemos denominado constitución procesal sustancial (teoría de la sentencia constitutiva) y la segunda a la constitución procesal accidental (teoría de la sentencia dispositiva).

PRIMERA PARTE

LA CONSTITUCION PROCESAL SUSTANCIAL

(Teoría de la sentencia constitutiva)

SECCION PRIMERA

DOCTRINA GENERAL DE LA SENTENCIA CONSTITUTIVA

CAPITULO PRIMERO

DESARROLLO DEL CONCEPTO

APARICION HISTORICA DEL CONCEPTO.- Como dejamos indicado en lugar anterior, la construcción del concepto de este tipo de sentencia es labor de la moderna Ciencia procesal. La paternidad de esta construcción corresponde a los autores alemanes de fines del siglo XIX y principios del XX. Según nos dice ALFREDO ROCCO (1), debemos a HELLWIG la clara y precisa construcción de esta figura de sentencia. Aunque esta formulación (2) ha sido superada posteriormente en diferentes puntos,

(1). La Sentencia civil, trad. de Mariano Ovejero, México, 1944, pág. 209.

(2). Realizada por el autor en su "Lehrbuch", ya cit., págs. 47 y ss., 232 y ss., 393 y ss.

bien merece ser estimada como la sólida base de la estructura teórica posterior.

La corta historia doctrinal de esta sentencia tiene fáciles razones explicativas. Como enseña OHIOVENDA (1), "históricamente, la sentencia nace como preparación de la ejecución, como sentencia de condena". La tutela jurisdiccional, inicialmente prestada mediante ejecución, se ha desdoblado por razones históricas, en dos momentos: declarativo y ejecutivo (2). De este modo, la función de la ejecución va modificándose en el sentido de aparecer como subordinada a la declaración. Esta última adquiere con el tiempo una eficacia sustantiva, asumiendo esta doble posibilidad funcional:

a) La certificación de las formas jurídicas, con todas las ventajas que se derivan de esa certeza, ya sean directas (fundamentalmente, la eliminación de discusiones futuras sobre la existencia de la situación jurídica controvertida) o indirectas (en especial, el posible cumplimiento, por el demandado, de la obligación que la sentencia declara).

b) La preparación de la ejecución, formando la convicción de los Organos del Estado acerca de la posterior actuabilidad de la situación jurídica (3).

(1). Principios, Madrid, 1922, pág. 204.

(2). Cfr. SATTI: Prospettive generali alla dottrina dell'esecuzione forzata, en la Rivista di Diritto Processuale, 1912, I, pág. 354.

(3). Cfr. SATTI y OHIOVENDA; en las obras y lugares cit.

La primera de esas dos funciones de la declaración, por lo que se refiere sobre todo a la indiscutibilidad futura de la situación jurídica certificada, ha ido adquiriendo tal relieve en el curso de la evolución jurídica, que ha cristalizado en la definición de una forma específica de proceso, fruto de la moderna doctrina procesal, al construir la teoría de la acción y la sentencia meramente declarativa (o certificativa, como la denominamos nosotros, con apoyo en la palabra alemana Feststellung y en la italiana accertamento); teoría que ha conquistado, desde WACH, la autonomía del Proceso y del Derecho Procesal.

Pero junto a estas dos funciones (certificativa e impositiva) claramente aceptadas y desarrolladas por la doctrina, los - cauces formales de la jurisdicción contenciosa han ido recibiendo, por vía de asignación legislativa, la misión de solucionar ciertos fenómenos de desarmonía jurídica mediante una intromisión estatal en el ciclo existencial de las situaciones jurídicas, a través de su creación, su modificación o su extinción. Esa asignación es, conforme al concepto de CALAMANDREI (1), una de las manifestaciones de la administración pública del Derecho privado, aunque en rigor este concepto no puede explicar íntegramente el fenómeno a que nos referimos, como explica el que se conoce con el nombre de jurisdicción voluntaria.

El estudio doctrinal de esa realidad ha fructificado en la teoría de la acción y la sentencia constitutiva, que se ha ido abriendo camino en el campo de la Ciencia procesal, con menos facilidad que la de la acción y la sentencia certificativa, de-

(1). Líneas fundamentales del proceso civil inquisitorio, en los Estudios cit. pág. 238.

bido a las naturales resistencias que a la ampliación del panorama teórico de la jurisdicción han opuesto los juristas aferrados a los viejos esquemas.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA SENTENCIA.— No obstante esta juventud de la doctrina a que aludimos, no ha de pensarse, como con razón escribe MAZEAUD, que las sentencias constitutivas sean de modo absoluto cosa de nuestros días (1). En el Derecho Romano se registran claros precedentes de la constitución jurídica procesal. Los autores suelen citar, como manifestaciones de este fenómeno, las siguientes:

a) Acciones divisorias (communis dividundo, familiae erciscundae, finium regundorum) En el procedimiento formulario, la fórmula del Pretor contenía una adiudicatio, en lugar de la ordinaria condemnatio.

b) Querela inofficiosi testamenti, persecutoria de la nulidad del testamento.

c) Restitutio in integrum

d) Missio in possessionem

e) Interdicta. (2).

(1). De la distinction des jugements déclaratifs, etc., cit. pág. 18 de la Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1929.

(2). V. LUIS LORITO: La sentencia constitutiva, en Estudios de Derecho Procesal Civil, Caracas, 1936, pág. 165; GOLDSCHMIDT: Derecho Procesal Civil, trad. PRIETO-CASTRO, 1936, pág. 110; INVREA: La sentenza di condanna, en la Riv. Dir. Proces., 1935, I. págs. 35-36; MAZEAUD: Op. cit., pág. 18.

En Roma —explica MAZEAUD—, el poder del Magistrado contenía dos elementos: la jurisdictio y el imperium. En virtud del primero actuaba al juzgar de una discusión y afirmar a favor de un sujeto el derecho discutido por otro. Ejercía el segundo cuando usaba la potestad pública en él delegada, para crear en provecho de una persona un derecho hasta entonces inexistente. A la vez árbitro y autoridad, el Magistrado romano podía decir y crear el derecho (1).

CONFIGURACION DOCTRINAL DE ESTE TIPO INDEPENDIENTE DE SENTENCIA.— No obstante lo que acabamos de decir, debemos situar en las modernas codificaciones legislativas la multiplicación de este fenómeno de la atribución de competencia innovadora al Proceso, respecto a este campo de las situaciones jurídicas materiales; al Proceso como medio técnico utilizado para el cumplimiento de su fin por uno de los poderes de la estructuración tripartita institucionalizada por el siglo XIX: el Poder jurisdiccional. Estando pensando este Poder para cumplir la función de dar efectividad a las situaciones jurídicas definidas con sus normas por el Poder legislativo, previa la comprobación de las mismas, (el "juzgar y hacer ejecutar lo juzgado" de nuestra Ley Orgánica del Poder judicial), se explica la fisonomía análoga con que el citado fenómeno fue caracterizado por algunos de los primeros teóricos que se enfrentaron con él. Pero en nuestros días, superada ya la rigidez del concepto de separación de poderes, reconoce el sentido funcional de la Legislación, la Administración y la Jurisdicción, y claramente

(1) Cfr. loc. cit.

puesta de manifiesto la intercomunicación de actividades entre los Organos de cada una de estas tres funciones (las Cámaras juzgan, la Administración declara derechos y dicta normas, La Jurisdicción - constituye jurídicamente), la constitución por sentencia goza plenamente de la consideración de forma diferenciada de la función de clarativa procesal.

A este resultado se ha llegado tras una evolución doctrinal que ofrece posiciones bastante diferentes entre sí. Ha habido actitudes negativas del concepto de constitución jurídica por sentencia, como la de ALFREDO ROJCO, en su obra La sentencia civil, ya citada. Para este autor, las sentencias llamadas constitutivas no se diferencian funcionalmente de las declarativas y condenatorias; su función es igualmente la de declarar situaciones jurídicas preexistentes. Afirmar lo contrario -dice-, significaría negar toda característica sustancial diferenciadora de la función jurisdiccional frente a las demás de Estado (1).

Pero la negación radical ha quedado desbordada por la corriente doctrinal que, con diversidad de matices, ha recogido y desarrollado -eminentemente en Italia- la construcción germánica. Ligado sistemáticamente por HELLWIG al concepto de sentencia constitutiva (o de formación -Gestaltung-, como él también la llama) al de los llamados derechos del poder jurídico (2), que toma de KITTELHANN, CHIOVENDA importó esta doctrina a Italia, dándole un considerable

(1). Cfr. op. cit., pág. 216-17.

(2). V. Lehrbuch cit., pág. 232 y ss.

desenvolvimiento y creando el concepto de los derechos potestativos, con el que substituyó nominalmente el alemán ya indicado, no conformándose con explicar merced a él las sentencias constitutivas, sino elevándolo a centro sustancial de su teoría de la acción procesal.

La sentencia constitutiva es en el pensamiento de OHIOVENDA un acto plenamente jurisdiccional, a través del cual halla efectividad un preexistente derecho (potestativo) a la producción de un cambio jurídico. La decisión judicial, al declarar cierto este derecho, no es más que la condición indispensable para que — por virtud de la Ley el cambio se produzca; aparece, por tanto, como un signo de instrumentalidad, respecto a una manifestación de la fuerza formalizadora de las normas.

Esta teoría ha sido seguida en sustancia por otros autores (1); pero ha recibido de otras mentes jurídicas una provechosa — corrección, en el sentido de valorar autónomamente el acto de voluntad de que deriva directamente el efecto constitutivo. El centro de la casualidad constitutiva se desplaza desde la Ley a la sentencia; se reconoce a ésta sustantividad propia para la producción del cambio jurídico. Pero ello trae consigo que la singularidad de este fenómeno choque más abiertamente con el concepto clásico de la sentencia como acto declarativo de realidades preexistentes. De esta tesitura brota la concepción que distingue — en la sentencia que estudiamos un elemento jurisdiccional: la declaración de certeza de una realidad jurídica preexistente, y un plus de naturaleza distinta, en que consiste estrictamente el ag

(1) Citamos el caso destacado de LANZUCCI, en su Diritto Processuale Civile, 1955, pág. 139 y ss.)

te constitutivo. A este ~~plano~~ se atribuye naturaleza administrativa, asimilándolo a los actos de jurisdicción voluntaria. Tal es la postura de CALAMANDREI, como veremos en su momento.

En este estado de la cuestión, sólo queda que dar un último y decisivo paso: conceptuar la sentencia constitutiva como un acto independiente de voluntad, de naturaleza íntegramente jurisdiccional, y netamente diferenciado de los actos de voluntad propios de las sentencias certificativas (puramente declarativas) y condenatorias. Esta ruta está ya claramente marcada en la actual doctrina, cuyos detalles al respecto examinaremos en lugar posterior. Nosotros queremos hacer con el presente trabajo una aportación en el sentido expresado, y formular con el mayor rigor posible la doctrina que a nuestro juicio debe imperar en torno a las sentencias constitutivas.

La doctrina que pone el contenido de la sentencia meramente en la certificación de formas jurídicas preexistentes, debe quedar definitivamente superada. La sentencia constitutiva es, un acto de declaración de certeza; pero ha de ser entendida de un modo más amplio: no sólo como una constatación dotada de una fuerza especial por la Ley, sino también como la expresión de un acto independiente de voluntad estatal que impone una innovación jurídica entre las partes del proceso.

En estrecha vinculación con esta actitud, conviene sostener una más extensa noción de jurisdicción. No ha de quedar limitada a la idea de certificación de situaciones jurídicas previas; ha de ser entendida en función del alto fin que señala RASELLI (1):

(1) La sentencia determinativa, cit., pág. 378 de los Scritti en honor de CARLUCCI.

"asegurar el ordenado desenvolvimiento de la vida social, que corresponde al Estado, como organización jurídica de la Sociedad". El sector que en el cumplimiento de este fin corresponde a la función jurisdiccional, ha de llevarse de diversos modos, según los casos; unas veces bastará con la certificación de situaciones jurídicas existentes de antemano; otras veces se realizará merced a la especial conminación de una condena (suponiendo que la sentencia sea acatada por el condenado); otras, con una conducta material de ejecución, que imponga actualmente una situación jurídica material tema de conflicto; otras, por último, mediante un puro acto declarativo de voluntad estatal, dotado de una especial virtualidad modificadora del mundo de las situaciones jurídicas.

Concluimos, pues -enlazando con las nociones expuestas en la PARTE PRELIMINAR-, afirmando que hay jurisdicción siempre que, ante una situación real de desarmonía jurídica, que da título a una queja social, procesalmente articulada como pretensión, el Estado, por medio de sus Organos instituidos al efecto, certifica, impone o constituye una situación jurídica.

Así nos queda de nuevo, después de un ligero encuadramiento histórico y doctrinal, deslindado el concepto de la sentencia — constitutiva. Reiteramos su definición, conforme a lo expresado — en los párrafos precedentes, diciendo que la sentencia constitutiva es una decisión jurisdiccional declarativa, dotada de sustantividad propia, que innova en el mundo las situaciones jurídicas materiales. En esencia, esto mismo vienen a significar las nociones que dan los diversos autores, aunque se expresen con algunas diferencias terminológicas, que justamente son las que exigen un afinamiento en la precisión de otros conceptos secundarios (relación jurídica, situación, estado, modificación, etc.). ZANUCCI, por

ejemplo, escribe en la página 139 de la obra que antes hemos citado, que sentencias constitutivas son las que tienen por efecto --- "constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas, previa --- certificación (acertadamente) de las condiciones exigidas por la --- Ley para que el efecto jurídico se produzca".

Con la definición que hemos dado, excluimos implícitamente --- que la actividad jurisdiccional constitutiva por sentencia sea de carácter ejecutivo, como afirman algunos autores. Situándonos en --- su red de conceptos y entendiendo la ejecución como ellos, nada tendríamos que objetar a su pensamiento; pero como nosotros tomamos la idea de ejecución procesal en una acepción más restringida, como resulta de lo que ya tenemos fijado en otro lugar, nuestro discentimiento queda plenamente justificado y, a nuestro entender, favorecido --- con la cualidad de una mayor utilidad científica. Bástenos por ahora con esto, toda vez que en otro momento habremos de tratar con más --- detalle de la misma cuestión.

Pero nos queda aún, para completar la fisonomía de nuestro concepto, que reparar en algunos aspectos ligados a la noción que ya --- tenemos, que forman, por decirlo así, la periferia del concepto mismo. Estos puntos son: la independencia y clara diferenciación de la sentencia constitutiva respecto a la condenatoria y la certificativa; la justificación de la misma; la inmediata finalidad material --- que cumple. Decimos finalidad material, en contraposición a finalidad inmediata formal, que, como sabemos, es la satisfacción positiva de una pretensión constitutiva.

AUTONOMIA DE LA SENTENCIA CONSTITUTIVA..- En la PARTE PRELIMINAR establecimos la diferencia teórica entre los tres tipos usuales

de sentencia, al exponer las modalidades de la función procesal de clarativa, en relación con el tema del tratamiento procesal de las situaciones jurídicas. Pero en este lugar debemos completar aquellas ideas iniciales; para lo cual nos colocaremos en dos ángulos de observación, entre los que no pretendemos afirmar una tajante separación sino que los utilizaremos con la mera finalidad instrumental de obtener una visión integral del objeto propuesto. Tales ángulos son los que nos proporcionan, respectivamente, el campo jurídico-material y el procesal.

A. Desde el plano del Derecho material, la individualidad de la sentencia constitutiva resulta de su eficacia innovadora en el mundo de las situaciones jurídicas materiales o de Derecho privado. Este dato es admitido con práctica unanimidad por los diversos autores. alguna excepción, como la de ROCCO, antes citado, ha quedado relegada, sin la menor trascendencia. La idea de este autor, de que la llamada sentencia constitutiva no crea nada, sino que actualiza un derecho o relación jurídica preexistente, tiene por fuerza que quedar sometida a la consideración de una mera filigrana conceptual, tarada por una falta de atención sobre la amplia gama de posibilidades que ofrece la sentencia constitutiva (1). Lo mismo cabe decir del concepto análogo de INVERSA (2), que tras distinguir las sentencias, por razón de sus efectos, en sentencias de simple certificación (que se refieren a un derecho preexistente en estado actual) y de certificación constitutiva, sostiene que la certificación en

(1) Ofr. La Sentencia civil, pág. 213.

(2) La sentencia de certificación cit., pág. 53).

estas hace actual un derecho potencial o ferenda sententiae. Nos parece innecesario detenernos en la fácil labor negativa de impugnar estas ideas, y preferimos seguir exponiendo la que hemos enunciado.

Decimos que los escritores procesalistas coinciden normalmente en la idea de que sentencias constitutivas son aquellas - que introducen cambios en el mundo jurídico-material. Sobre esta base común se elevan las particularidades doctrinales, que - presentan una imprecisa diversidad terminológica en relación con el objeto sobre el que recae el cambio jurídico, y una variedad de posturas en torno al valor de la sentencia en el panorama de la causalidad de este cambio (cuestión a la que ya hemos hecho - alguna alusión antes, y que será desarrollada al estudiar el contenido y los efectos de nuestra sentencia).

Por lo que se refiere al primer aspecto, es notoria la falta de rigor con que suelen expresarse los escritos que a la sentencia constitutiva van dedicados. Los términos derecho, situación jurídica, relación jurídica y estado jurídico, que desgraciadamente no han obtenido aún una fijación unánimemente consentida en la Teoría General del Derecho, son indistintamente empleados muchas veces, pareciendo servir más a la elegancia gramatical que a la exactitud científica. Esta es una de las razones fundamentales que nos impulsan en este trabajo, comunicándonos el ánimo de lograr una exposición precisa y sistemática.

De creación y extinción de derechos habla MAZKAUD en el estudio que antes hemos citado (como lo muestra el propio título de éste: De la distinction des jugements declaratifs et des jugements constitutifs de droits), aunque recargando más la importan-

cia del primer concepto para la definición de la sentencia constitutiva. Sobre él se apoya para diferenciar esta sentencia de la declarativa. Una sentencia tendrá, pues, o no el primer carácter, según que con motivo de ella adquiriera existencia el derecho de que se trate, o, por el contrario, preexista a la misma. Al admitir esta distinción, afirma categóricamente la autonomía de la sentencia constitutiva (1).

En sentido semejante se expresa LORETO: sentencia declarativa es la que se refiere a hechos anteriores al proceso; constitutiva, la que recae en un proceso cuando éste es el hecho al que se imputa el nacimiento de una situación jurídica (2).

No exenta de cierta vaguedad es la delimitación que hace OHIO VENDA. Sosteniendo el carácter jurisdiccional de la sentencia constitutiva por razón de la especial declaración que contiene, afirma su autonomía frente a la certificativa y la condenatoria en razón de que con ocasión de ella, y por la fuerza de las normas materiales, se produce "el efecto jurídico" (3). Pero al mismo tiempo señala dos puntos de similitud con una y otra, respectivamente. La sentencia constitutiva -dice- se acerca de un lado, a la de condena, "porque prepara un cambio en el estado actual de cosas; por otro, acérrese a las sentencias de mera declaración, porque, produciéndose el cambio en virtud de la sentencia misma, no es necesario ningún hecho posterior de ejecución" (4). La verdad es que es-

(1) Cfr. pág. 23 y ss. del citado trabajo, en la Revista también indicada.

(2) La sentencia constitutiva, en Estudios cita., pág. 168, nota.

(3) Cfr. Principios cita., pág. 233.

(4) V. loc. cit.

tas palabras apenas si ofrecen algo más que un rango de observación puramente literario. Ni el concepto de estado de estado de cosas ni el de efecto jurídico nos bastan para conocer a fondo el fenómeno que la sentencia constitutiva comporta en el orden jurídico-material, a diferencia de la certificativa y la condenatoria.

Nosotros, desarrollando ideas anteriormente ofrecidas, sostenemos la autonomía de la sentencia constitutiva, fundados en la razón de que con ella acontece directamente (1) un fenómeno de formalización o desformalización jurídica en el ámbito del Derecho privado. Ya sabemos que este fenómeno consiste unas veces en la aparición de una situación jurídica, otras veces en su modificación y otras en su extinción. Esto marca la diferencia con la declarativa (certificativa) y la condenatoria —desde el punto de vista del Derecho material, se entiende—, que coinciden en presuponer la existencia de una cierta situación jurídica material —que en ellas se declara cierta.

Pero conviene observar, como hace RASELLI (2), que en algunos casos excepcionales la diferencia entre la sentencia certificativa y la condenatoria puede aparecer bastante mitigada. Pensemos, por ejemplo —utilizando uno de los supuestos que él mismo indica— en una sentencia que declare la filiación legítima de una persona, con arreglo al artículo 118 de nuestro Código Civil, y en relación con el derecho a recibir alimentos que esa calidad —confiere, según el artículo 114 del mismo texto legal. Cabe pen-

(1) V. HELLWIG, op. cit., pág. 48.

(2) La sentencia determinativa, etc., cit. pág. 600, nota.

ser que el hijo sólo tiene derecho a recibir los alimentos que necesite después de la sentencia, no el importe de los que haya necesitado con anterioridad. De esto podría inferirse, en una primera visión, que el supuesto mencionado nos ofrece un caso de sentencia certificativa que marca el momento de nacimiento de una relación jurídica.

Sin embargo, una meditación más reposada de dicho supuesto puede evitar la difuminación de los límites entre los conceptos - de sentencia certificativa y sentencia constitutiva con base en el mismo. En primer lugar, nos parece fundado afirmar que el objeto - de la certificación de la sentencia no es la situación jurídica - que la relación natural de paternidad y filiación lleva consigo, a la cual pertenece la relación jurídica alimenticia, sino justamente el presupuesto de tal situación jurídica, o sea, esa relación natural de paternidad y filiación (1).

Naturalmente, con la certificación jurisdiccional de la filiación legítima se hace indirectamente cierta también la situación

(1) Téngase en cuenta que esta relación de carácter natural interesa en el campo jurídico desde el momento en que las normas toman conciencia de ella, se ocupan de su existencia. Se trata, - pues, en cierto sentido, de una relación jurídica, por el hecho de ser "conocida" y cualificada (en nuestro caso como legítima) por el Derecho; pero ha de evitarse confundir esta relación jurídica - formalización jurídica de un vínculo natural - con el concepto técnico de relación jurídica (v. la INTRODUCCION de este trabajo), que siempre supone una compleja formalización, vinculativa - de sujetos de un modo puramente artificial. Se puede decir que - mientras relación jurídica significa en el primer sentido formalización jurídica de una interafectación subjetiva pasada, (el hecho de la generación), en el segundo sentido consiste en la creación por el Derecho de una necesidad de interafectación subjetiva futura (pago y cobro de alimentos, p.e.

jurídica que ella implica; pero para esta certeza nos es realmente necesaria la sentencia, puesto que resulta de las propias normas del Código Civil. Si se sostuviera, por el contrario, que la pretensión certificativa persigue directamente la constatación -jurisdiccional de dicha situación jurídica, tendría que admitirse, a propósito de la relación jurídica de alimentos, que estaba latente con anterioridad a la sentencia y que con ésta queda actualizada (recuérdese que con esta idea, generalizada, intenta destruir el concepto de la sentencia constitutiva). Nosotros creemos, diversamente, que dicha relación jurídica nace --prácticamente con la sentencia, en cuanto la Ley la vincula --tal es nuestra interpretación-- a la declaración jurisdiccional de la filiación. Pero ello no quiere decir que la sentencia sea constitutiva de la misma (si se aceptara la construcción de OHIOVENDA, habría que afirmar lo contrario), sino que surge como un efecto indirecto de aquélla, al margen de la satisfacción de una pretensión, que constituye la sustancia de la misma sentencia.

Con lo expuesto en los párrafos que preceden, creemos queda suficientemente clara la individualidad independiente --desde el punto de vista del Derecho material-- de la sentencia constitutiva frente a la certificativa. Pero, en relación con la de condena, se han suscitado dificultades, con ocasión del intento doctrinal de construir un concepto unitario de condena, válido igualmente para el proceso civil y para el penal. Prescindiendo del --pensamiento que considera constitutivas a todas las sentencias penales --en razón de la eficacia innovativa que les es característica--, por emplear un concepto de constitución excesivamente amplio, y, por tanto, vago e inservible para nosotros, debemos reparar en algunos supuestos de condena penal que se traducen en la

modificación o extinción de una situación jurídica privada o administrativa en que el penado estaba interesado. Sirvan como ejemplo la privación de la patria potestad que establece en el art. 487 del Cód. Penal y la suspensión de cargo o empleo que, con carácter general, dentro de la clasificación de las penas, incluye el art. 73 del mismo Cuerpo legal.

El riesgo de confusión conceptual que estos casos y otros semejantes crean, puede ser eludido de dos modos:

a) Mediante un replanteamiento de conceptos, dando un valor unitario al de condena. Esto es lo que hace INVREA en su estudio "La sentencia de condena", que anteriormente hemos citado, con una exposición en la que no encontramos toda la claridad que sería deseable. Distingue primeramente el autor de las sentencias, por razón de la que llama causa locutiva de la acción, en sentencias de condena y sentencias de certificación (recuérdese que con esta palabra traducimos la italiana accertamento) (1). Las primeras presuponen siempre la realización de un torito (acto antijurídico, aunque en rigor gramatical bien valdría la pena emplear nuestra castiza palabra fuerte); su contenido consiste en la certificación de ese hecho y en el pronunciamiento de un remedio civil o penal por razón del mismo (2). En esta segunda actividad va implícita la certificación del derecho al remedio, correspondiente a la persona a cuyo favor la sentencia se pronuncia. De este modo cree lograr la concepción unitaria de la condena, después de desechar la doctrina alemana de la condena como mandato y la italiana de SALAMANDELLI, que pone la esencia de la condena en la sujeción a la ejecución que la sentencia produce.

(1) V. págs. 48 y 53
(2) Pág. 40.

Aplicando ese concepto de condena, considera sentencias de esta clase tanto las que pronuncian un remedio para cuya actuación se requiere una actividad ulterior (por ej., la que se refiere al pago de una cantidad de dinero) como las que actúan por sí mismas el remedio (como la condena penal a la pérdida de la patria potestad). Correspondiente a esta segunda posibilidad, dentro del orden procesal civil, considera también sentencia de condena la que resuelve un contrato por incumplimiento culpable de una de las partes (1). Pero en realidad refiere la condena del vencido al hecho de quedar sometido por la sentencia "a las consecuencias de la resolución pronunciada por su culpa". Esta expresión pone de manifiesto claramente que lo que él estima carácter condenatorio de la sentencia resolutoria en verdad denota un fenómeno de complejidad en la sentencia, por cuanto en ella se contigüe, junto a la decisión constitutiva (por extinción), la imposición condenatoria de las mencionadas consecuencias.

Sentencias de certificación no condenatoria son para INVREA las que tienen como causa legítima la necesidad en el demandante de obtener una certificación jurisdiccional frente al demandado (2). No queda claro si bajo este concepto quedan acogidas no sólo las sentencias meramente declarativas sino también las constitutivas (utilizando los términos de la habitual clasificación tripartita).

Atendiendo a los efectos, propone INVREA la distinción de

(1). V. pág. 44.

(2). V. pág. 48

sentencias de simple certificación y sentencias de certificación constitutiva. Sobre esta base, introduce su más importante novedad: las sentencias de condena pueden ser adscritas, por razón de sus efectos, a uno u otro de esos dos grupos. Pone como ejemplo de la primera posibilidad la condena a una restitución o a un resarcimiento por daños. Sentencias condenatorias del segundo tipo son para él las penales y algunas civiles, como la que condena a un donatario a soportar la revocación de la donación.

Poco afortunada nos parece la construcción de INVREA, que en sus rasgos fundamentales acabamos de exponer. No hemos de hacer una crítica detallada de los puntos que nos parecen desacertados; nos limitamos a expresar nuestra disconformidad con la -unificación del concepto de condena -por las razones que daremos después- y nuestra opinión de que tanto este concepto como el de constitución carecen en él de profundidad y rigor, como puede notarse a poco que se medite sobre las ideas que hemos citado. La razón de que nos hayamos fijado en este autor es sencillamente la de recoger el que estimamos verdadero punto valioso de su escrito: el enfoque del problema que, para la rigurosa clasificación tripartita de las sentencias y la clara autonomía consiguiente de las constitutivas, representa la existencia de sentencias penales -caracterizadas, como todas las de ese orden, mediante la idea de condena- que producen efectos modificativos o extintivos de ciertas situaciones jurídicas de los sujetos penalmente condenados.

b) De manera diferente que lo hace INVREA, estimamos acertado de solucionar ese problema. No nos parece necesario ni muy útil unificar teóricamente la condena civil y la penal, dada la diferencia de fines sustanciales inmediatos que cumplen, respectiva-

mente, el proceso civil y el penal (la tutela de los intereses privados y la punición de los delitos) y la específica construcción doctrinal que ha venido recibiendo la condena civil. Si históricamente una y otra nacen del mismo tronco, hoy día los fenómenos que respectivamente suponen, de acuerdo con la configuración teórica predominante de los mismos, casi sólo tienen de común la naturaleza genérica del acto declarativo de voluntad que les da sustancia. En esa naturaleza es donde creemos nosotros que, más ambiciosamente, debe cifrarse la unificación del proceso civil y el penal. Cada uno de ellos cumple su propia función, al satisfacer la correspondiente pretensión, mediante un acto exterior de voluntad, con forma de declaración, dotado de eficacia impositiva. La idea de imposición -cuya sustancia no creemos necesario repetir aquí- es, pues, común a todas las sentencias, sean penales o civiles. Pero hay una importante diferencia de sentido entre una imposición y otra penal (aparte de la que existe por razón de la causa de la sentencia -la pretensión-, que en el proceso civil es normalmente voluntaria, mientras en el penal es jurídicamente necesaria, salvo la excepción de los llamados delitos privados); dicha diferencia corresponde a los dos fines sustanciales que antes hemos indicado. La imposición civil es, -empleando palabras de CARNELUTTI- predominantemente satisficciente, mientras la penal es predominantemente afflictiva (1), (a propósito de la distinción entre las sanciones civiles y las penales); e, de acuerdo con el pensamiento de GUASP, la imposición civil guarda una relación de adecuación, igualdad, o armonía con el título de la pretensión, mientras la p

(1). Cfr. Sistema de Derecho Procesal Civil, I, pág. 27.

nal está en desarmonía con el delito (es decir, no tiende a hacer efectivo el mismo bien inmediato que el delito lesionó). En la función de la primera aparece en primer plano la protección del actor, es decir, la producción de un bien; en la segunda, por el contrario, destaca en primer término el castigo del culpable, la imposición de un mal al mismo.

Pues bien: mientras la imposición de una sentencia penal es conocida con el nombre de condena, cualquiera que sea el mal que reporte al culpable, aun cuando consista en la modificación o la extinción de una situación jurídica material en que está interesado, la imposición de las sentencias civiles está recogida en conceptos diferentes, según el modo como se protege al demandante - vencedor. Las tres posibilidades de protección doctrinalmente tipificadas han cristalizado en la clasificación tripartita de las sentencias civiles, que nosotros hemos admitido y a la que volveremos a adherirnos en este lugar. Nos remitimos a la exposición hecha anteriormente sobre la naturaleza de la imposición propia de cada una de estas sentencias.

De lo dicho se infiere que la condena civil tiene unos límites más restringidos que la penal. Pero no habría el menor inconveniente en darle la misma amplitud que a ésta, y decir que la sentencia meramente declarativa condena al vencido a la imposibilidad futura de discutir la realidad jurídica certificada, o, según la vieja expresión de nuestro foro, "a guardar perpetuo silencio"; asimismo, que la sentencia constitutiva condena a sufrir la producción de un efecto creativo, modificativo o extintivo de una situación jurídica. Pero entonces, la que llamamos sentencia civil de condena debería tener otro nombre específico.

De este modo, vemos convertirse el problema en una pura cues-

tién de nombres. Evitemos quedar enredados en ella, y sostengamos la diferenciación de la condena civil respecto a la penal, como fenómenos que sólo tienen de común la idea genérica de imposición que a ambos alcanza. Repitamos, además, que la condena civil nunca innova en las situaciones jurídicas materiales, como hacen algunas sentencias penales.

Todas las anteriores razones nos conducen a reafirmar la autonomía de la sentencia constitutiva frente a las demás civiles: certificativa y condenatoria. Dejamos a un lado su comparación con el concepto de condena penal, sin desconocer por ello que ésta supone a veces la producción de lo que llamamos un efecto jurisdiccional constitutivo en el orden jurídico-material (1).

Pero aceptar esto no es decir que haya sentencias de condena que son a la vez constitutivas, como hace INVREA. La sentencia constitutiva es para nosotros una sentencia civil, que como tal tiende a proteger un interés del demandante, satisfaciendo positivamente una pretensión del mismo dirigida a tal efecto. Otra cosa son los efectos constitutivos que, al margen del ciclo dialéctico pretensión-sentencia relativo a una constitución, producen tanto las sentencias constitutivas como las demás civiles y la ejecución de las de condena (efectos derivados de la decisión procesal con función de hecho jurídico, no como un acto independiente de voluntad estatal).

B. Desde el punto de vista jurídico-procesal, la autonomía de la sentencia constitutiva ha quedado implícitamente revelada a través de algunas de las consideraciones hechas en los párra-

(1). Que puede ser sustancialmente explicado aplicando la teoría de la sentencia constitutiva civil.

fos precedentes. La sentencia constitutiva, como la certificativa y la condenatoria, consiste en un acto volitivo estatal de imposición. RASELLI expresa una noción parecida al unificar los tres tipos de sentencia en lo que él llama situaciones autoritativas de una concreta voluntad de ley, preexistente o no al proceso (1). Aunque no exento de cierta oscuridad, y perjudicado un poco por la ya vieja idea de la voluntad concreta de ley, creemos que, entendiendo este concepto como la afirmación (en el sentido de fijación o firme establecimiento) autoritaria de un acto de voluntad, representa un loable intento de dar un cimiento sólido a la teoría general de la sentencia. Viendo realmente en ésta un acto concreto de voluntad del Estado, la exactitud queda, a nuestro juicio, más lograda.

Pero, sobre ese dato común, se dibuja la individualidad de cada una de las tres figuras de sentencia civil, en razón del objeto específico de su respectiva imposición. Ya sabemos que la sentencia certificativa impone la certeza de una situación jurídica o de un presupuesto de su existencia (como en el caso de la declaración de la fijación legítima, ya referido); certeza que queda fijada por el Estado, impidiendo al demandado discutirla en el futuro. La condenatoria impone la eventualidad de una actividad procesal ejecutiva, o bien, potencialmente, la misma situación jurídica por ella previamente certificada, (nos remitimos a la exposición de estos conceptos en la PARTE PRELIMINAR de este trabajo). Por último, la sentencia constitutiva afirma su personalidad independiente al imponer, con auténtica naturaleza de ag

(1). La sentencia determinativa, etc. cit., pág. 602.

tividad jurisdiccional, la producción de un fenómeno constitutivo material.

El mismo RASELLI, en la página 597 de la citada obra, se -- acerca algo a esta visión sistemática, aunque con bastante falta de rigor. Comienza afirmando que todas las sentencias producen un cambio en la "situación jurídica" de las partes (1) y seguidamente trata de comprobar esta afirmación, explicando las tres figuras de sentencia con los conceptos que comentamos a continuación.

La declarativa "hace incontrovertible una situación de derecho sustancial que antes era incierta". A nuestro juicio, la única situación jurídica que con esto queda modificada es la que contiene la potestad abstracta de acción perteneciente al demandado, el cual ve limitada ésta para lo sucesivo, en razón del objeto -- del proceso concluido. Por tanto, no encontramos en la sentencia declarativa (certificativa) una eficacia constitutiva en el sentido estricto en que nosotros entendemos este concepto. No obstante, RASELLI nos deja ver sin duda que el efecto peculiar de la sentencia certificativa es la sumisión del vencido a la imposibilidad -- de discutir procesalmente de nuevo la realidad jurídica declarada.

Sentencia de condena es para RASELLI la que hace incontrovertible la posibilidad de una ejecución forzosa a causa del incumplimiento de una obligación. Bajo esa posibilidad de ejecución vemos

(1) Vago pensamiento, sustancialmente común a todos los autores que en algún aspecto consideran constitutivas todas las sentencias; Cfr., por ejemplo, STTA: Principios generales cit., pág. 351, donde afirma que todas las sentencias constitutivas, en cuanto conllevan la realización de un medio de tutela jurídica.

nosotros dos cosas: ante todo, la sumisión del condenado a la eventualidad de dicha ejecución, que es lo que satisface positiva y directamente la pretensión del demandante; correlativamente, el nacimiento del título o derecho de ejecución forzosa, a favor del demandante vencedor. Estos dos fenómenos (en los que hay que suponer piensa RASELLI, albergándolos en el vago concepto indicado de "cambio de la situación jurídica de las partes"), correlativos -- uno de otro, configuran realmente una específica situación jurídica, que se origina con la sentencia; pero esta situación jurídica tiene carácter procesal, no material, como expusimos en la PARTE PRELIMINAR, y por ello, aunque su aparición, por virtud directa -- del acto de voluntad de la sentencia, representa un fenómeno de -- constitución procesal, sea fuera del concepto riguroso de sentencia constitutiva, que supone la realización de un fenómeno de formalización e desformalización jurídica en el mundo de las situaciones jurídicas materiales.

De la sentencia constitutiva, dice por último el autor que comentamos que modifica inmediatamente los derechos y deberes de las partes. La idea de modificación jurídica, en la cual hay que considerar implícita la referencia a una situación de Derecho material, supone la contemplación de la sentencia desde el punto de vista de este Derecho. Sobre ello nada tenemos que decir aquí de nuevo. Sólo la afirmación del carácter inmediato con que la modificación jurídica se produce nos sugiere levemente la especialidad procesal de la sentencia constitutiva, acto concreto e independiente de voluntad del Estado, que impone actualmente la creación, la modificación o la extinción de una situación jurídica material.

JUSTIFICACION DE LA SENTENCIA CONSTITUTIVA.- No carece de justificaciones la existencia de la sentencia constitutiva como realidad empírica, perteneciente con valor autónomo a la categoría de las decisiones jurisdiccionales. Ante todo, cada una de sus manifestaciones -ciertamente, bastante heterogéneas- supone una cierta situación fáctica de desarmonía u oposición jurídica, cuya solución -única o concurrente con otras- consiste en la realización de un fenómeno de constitución jurídica. Basta pensar un poco en algunos de los casos más característicos, así considerados por la doctrina común, para comprobar la verdad de lo afirmado:

A través de cada una de las causas de divorcio, o más exactamente, por las que éste puede ser solicitado de los Tribunales, según el art. 105 de nuestro Código Civil, se advierte lo que -- con término amplio (que en la PARTE PRELIMINAR hemos dejado explicado) llamamos una oposición jurídica. En un caso es el adulterio, como conducta que choca con el derecho del otro cónyuge a la fidelidad del culpable, o, lo que viene a ser igual, con la norma que preceptúa la mutua fidelidad. (entre nosotros, el art. 56 del Código Civil). En otro caso, la conducta de cualquiera de los cónyuges contraría a las normas que protegen la moralidad de los hijos (1). Y similarmente en los demás casos.

El error, como causa de anulación judicial de un contrato, es un acontecimiento que está en pugna con la norma abstracta que exige para la perfecta configuración de los contratos la expresión de un consentimiento normalmente formado. Lo mismo puede de

(1) V. art. 105 del Código Civil, nº 5º.

circa a propósito de la incapacidad, la violencia o la falta de representación, en relación con la anulabilidad, y parecidamente respecto a las circunstancias que pueden dar lugar a la rescisión o a la resolución.

En el supuesto, muy discutido, del contrato preliminar, -que como uno de los más interesantes estudiaremos en su hora- es evidente que el fundamento de la pretensión que la sentencia positivamente satisface estriba en la desarmonía planteada por el comportamiento de una parte contrario a su compromiso.

Sobre la base de la existencia de esas situaciones de oposición jurídica, hay diversas razones que justifican el que la Ley condicione la producción del efecto constitutivo a la intervención de un Órgano del Estado, y precisamente el que tiene por misión característica solucionar esas antítesis jurídicas, realizando el orden social en los casos concretos: el Órgano jurisdiccional. Recogiendo sugerencias de algunos autores (1) y añadiéndoles datos de propia observación, podemos indicar unas cuantas de esas razones, sin intención exhaustiva, desde luego:

A) La naturaleza de la situación jurídica a que la constitución se refiere, exige en ocasiones que ésta se verifique con la certeza y la publicidad de la sentencia, por una razón de utilidad para el interés del comercio (p.e., en la disolución de una sociedad), el orden público (p.e., en la declaración de indigni-

(1) V. KISCH: Rechtsprechung zur Urteilslehre, 1903, pág. 50 y ss.; GHIOVENDA: Principios, I, pág. 230; LORETO: Estudios cit., pág. 171; RASELLI: Sentencia definitiva, etc., pág. 395, nota.

dad para suceder) o los derechos de terceros (p.e., en la anulación de un contrato o en la incapacitación por prodigalidad), o por razón del interés público que cualifica a aquella situación. Piénsese, a propósito de esto último, en el supuesto tan típico de la separación conyugal. Si en nuestro país se hace intervenir al Juez en el matrimonio civil dándose carácter de indispensable a su presencia para la válida celebración de éste, -aunque su actividad no es entonces jurisdiccional-, por razón de la importancia de la institución, junto con la del alto rango público de la Judicatura, mucho más justificado está que se la haga jurisdiccionalmente competente para modificar las situaciones matrimoniales ya creadas, con motivo de las desarmonías o incompatibilidades surgidas entre las personas directamente interesadas en ellas.

B) La imparcialidad del Órgano jurisdiccional, unida a su - profundo conocimiento del Derecho, permiten la óptima solución de algunas situaciones de conflicto intersubjetivo alrededor de una situación jurídica. Los casos de división de bienes comunes y de establecimiento de servidumbres forzosas nos dan buenos ejemplos de ello.

C) Hay ocasiones en que un derecho privado a la constitución de una situación jurídica, tras quedar insatisfecho por la parte obligada, sólo puede encontrar efectividad mediante una sentencia, igual que sucede con un derecho a una prestación que ha quedado incumplida, respecto a la sentencia de condena. Podemos citar los casos del contrato preliminar incumplido y del retracto legal - cuando falla la reclamación directa de la parte.

D) En otros supuestos de modificación jurídica, se hace ne-

ocasiona la intervención del Juez, como persona dotada de especial sentido jurídico, para resolver, en virtud de un criterio de equidad, una controversia acerca de la producción del efecto constitutivo. Tal ocurre, por ejemplo, en la hipótesis a que se refiere - el artículo 1707 del Código Civil: disolución de sociedad por jugo motive.

FIN SUSTANCIAL INMEDIATO DE LA SENTENCIA CONSTITUTIVA.- El

fin sustancial inmediato de la sentencia constitutiva, es, como en la certificativa y la condenatoria, la tutela de un interés privado cuando para su satisfacción es necesaria la actividad decisoria de un órgano jurisdiccional. Este interés puede ser de muy distintas clases y estar o no, como veremos, previamente protegido por una norma de Derecho material. Para desarrollar de la mejor manera estas afirmaciones, vamos a enfocar ese fin de la sentencia - desde dos ángulos diferentes; primeramente analizaremos el modo como la sentencia lo cumple y después el grado en que es necesaria, según los casos, para la obtención del resultado a que dicho fin se refiere.

A. Desde HELLMIG, los autores que se ocupan de la sentencia constitutiva suelen reconocer la eficacia plena de la misma para la satisfacción del interés privado a una modificación jurídica (modificación en el mundo de las situaciones jurídicas materiales, en cualquiera de los tres modos concretos que conocemos). El célebre procesalista alemán lo expresaba diciendo que el efecto constitutivo (fruto del ejercicio de un derecho potestativo, según su teoría), se produce directamente con la sentencia, mediante un acto de ejecución (1).

(1). V. Lehmann, I, págs. 48 y 395.

En parecidos términos se expresa RASELLI. La eficacia protectora de la sentencia se agota en sí misma, mediante una actividad que él considera también ejecutiva (1). La actividad del Juez se limita a una declaración de voluntad, sin que sea necesario recurrir eventualmente a la fuerza, como en la condena (2). Lo mismo escribe LORETO (3): la sentencia constitutiva no precisa ejecución porque la lleva en sí misma. Critica la opinión contraria de CARNELUTTI, que estima necesaria la ejecución en algunos casos, como el de la anulación de un contrato, en relación con la devolución de la cosa transmitida, si no es espontáneamente llevada a cabo por el que la recibió. LORETO responde acertadamente algo similar a lo que dice RASELLI, pensando en igual supuesto: el uso de la fuerza no se refiere al efecto constitutivo propiamente, sino a las obligaciones que nacen del cambio. En estos casos, sobre la base de la nueva situación jurídica, se emite una resolución de condena (que puede ir añadida a la constitutiva), cuya ejecución —que pertenece, pues, a un segundo momento, ulterior al de constitución— puede ser eludida por el condenado (4).

Con la imprecisión que el amplio sentido en que toman la idea de ejecución lleva consigo, estos últimos datos doctrinales

(1). Op. cit., pág. 601.

(2). Pág. 594.

(3). Estudios cit., pág. 176.

(4). Cfr. la sentencia determinativa, etc. pág. 595, nota, de los Expositi en honor de CARNELUTTI.

siguen la misma línea trazada por OHIOVENDA -al que en este punto ya hemos citado anteriormente-, al asimilar la sentencia constitutiva a la declarativa y diferenciarla de la condenatoria, por el hecho de no necesitar actividad ejecutiva normal para la consecución de su fin.

SATTA expone el hecho de una manera más original. Tras criticar la postura de OHIOVENDA y sus seguidores, por estimar que reduce la ejecución a la categoría de actividad accesorio de la sentencia, siendo así que históricamente aparece con una sustantividad primordial¹ la tutela jurisdiccional de los intereses privados, sustituye el paragón ohiovendiano entre la sentencia certificativa (meramente declarativa) y la constitutiva por una comparación de ésta con la tutela jurisdiccional por ejecución. Entre una actividad y otra -dice- no existe una diferencia funcional, sino meramente estructural, en razón de que, mientras la tutela ejecutiva aparece en la realidad fraccionada en dos momentos, la tutela constitutiva se sintetiza en uno sólo (1).

Recientemente, MANDRIOLI, abundando en una valoración preponderante de la función ejecutiva, cuyo concepto construye de la manera más lata que cabe, afirma rotundamente como característica de la tutela jurisdiccional por constitución "la máxima concentración formal entre el momento de la cognición y el momento ejecutivo" (2).

Nosotros, recogiendo de las varias posiciones doctrinales citadas lo que nos parece más útil, consideramos que la sentencia constitutiva realiza plenamente por sí misma, con un solo es-

(1). Cfr. Principios generales cit., pág. 354 de la Rv. Dir. Proc., 1932, I.
(2). MANDRIOLI: Azione esecutiva, Milán, 1935, pág. 618

te de voluntad estatal, de naturaleza jurisdiccional estrictamente declarativa (desdeñamos una vez más la visión teórica de la constitución como actividad ejecutiva, sin perjuicio de examinar posteriormente el problema con más atención), la tutela de un interés privado relativo a la creación, la modificación o la extinción de una situación jurídica material.

B. La relación de necesidad entre la satisfacción del interés por una constitución jurídica y el pronunciamiento de una sentencia a tal efecto, puede tener -en una consideración abstracta, desde luego- diversa intensidad según los casos. RASELLI clasifica las sentencias, según esa intensidad, en tres posibilidades genéricas. Recogiendo sus conceptos (expresados en las páginas 590-591 del estudio que ya hemos citado varias veces) y añadiéndoles notas de otros autores, distinguimos tres modalidades de la sentencia constitutiva, que exponemos separadamente:

a) Hay ocasiones en que la constitución de una situación jurídica puede ser llevada a efecto por una actividad directa de los particulares, prescrita por las normas de Derecho material, sobre la base de un determinado acontecimiento, del que surge, para uno o más sujetos, el interés por esa constitución. Tal es, por ejemplo, el caso del contrato preliminar y el del derecho al establecimiento de una servidumbre de paso. En estos supuestos, la sentencia constitutiva sólo podrá actuar cuando la obligación de celebrar el contrato definitivo sea desatendida por cualquiera de las partes del compromiso previo y el obligado a constituir la servidumbre incurra en igual actitud.

Preparamos para esta decisión jurisdiccional el nombre de -

sentencia constitutiva sustitutiva.

b) Otras veces, una actividad constitutiva de una situación jurídica es prevista por la Ley en el sentido de proteger al sujeto interesado en ella confiriéndole la posibilidad subjetiva de obtenerla por medio de una sentencia, pero dejando en libertad a las partes afectadas en dicha situación para provocar el efecto innovativo mediante un acto privado. Así sucede en los casos de ineficacia relativa de los contratos (anulabilidad, rescindibilidad) (1). En este supuesto, la voluntaria actividad constitutiva de las partes tendría un contenido complejo: establecimiento de un nuevo convenio (constitución positiva) renunciando a los efectos de la situación jurídica anterior, y desaparición de ésta (extinción), como consecuencia.

Caso de no llegar las partes a realizar el convenio constitutivo, la sentencia, tomando el desahucio por causa, (V. GALAMANDREI en el lugar citado), pronunciaría directamente el efecto extintivo.

Esta sentencia podría ser llamada constitutiva alternativa.

c) Por último, hay casos en que la Ley sólo admite que el interés hacia un efecto constitutivo sea satisfecho por medio de una sentencia, excluyendo explícita o implícitamente, que los particulares puedan lograrlo privadamente. Así sucede respecto a la separación de cónyuges y a la interdicción (incapacitación).

La sentencia constitutiva ha recibido en estos casos la denominación de potestativa por parte de GALAMANDREI (2).

(1) Ofr. también para este punto GALAMANDREI: Líneas fundamentales del proceso civil inquisitorio, en Estudios, cit., pág. 239 y CALVOVENDI: Principios, I, pág. 230.

(2) V. el mismo lugar citado.

CAPITULO SEGUNDO

REQUISITOS DE LA SENTENCIA CONSTITUTIVA

CONCEPTO.- Entendemos por requisitos de la sentencia constitutiva aquellas circunstancias que deben concurrir para que ésta pueda ser válida y eficazmente dictada. Ahora bien: bajo este concepto hemos de distinguir dos especies diferentes. La primera de ellas está formada por aquellos requisitos cuya significación se extiende a toda la dimensión del proceso promovido por la pretensión constitutiva. Los podemos llamar requisitos procesales de la sentencia constitutiva. La segunda especie de circunstancias estriba en la serie de hechos y situaciones que fundamentan realmente en cada caso la pretensión constitutiva. Nosotros sintetizamos esas circunstancias en el concepto de condición sustancial de la sentencia constitutiva, con el que no designamos otra cosa que la existencia en el pretendiente de un derecho de constitución jurídica a través del Proceso.

Estudiaremos por separado cada una de estas dos esferas técnicas.

I. REQUISITOS PROCESALES DE LA SENTENCIA CONSTITUTIVA.

INDICACION GENERAL.- No hemos de estudiar aquí todos los requisitos del Proceso en abstracto, sino sólo algunos de ellos que ofrez-

con especialidades dignas de observación dentro del campo dominado por el concepto de proceso constitutivo. No nos interesa especialmente aquí por ejemplo la potestad jurisdiccional que ha de tener el Juez al que el demandante se dirige, ni la capacidad procesal de las partes (en sus dos formas conocidas); pero sí reclaman nuestra atención la competencia del Juez para satisfacer en cada caso la pretensión constitutiva de que se trate, y, sobre todo, la necesaria legitimación de las partes para seguir en cada caso el proceso constitutivo. Junto a estas dos cuestiones, la del específico procedimiento a través del cual el proceso constitutivo ha de desarrollarse en cada supuesto, merece una mención, siquiera sea breve, dentro de la teoría de la sentencia constitutiva.

COMPETENCIA.— La aptitud de un Organismo jurisdiccional para conocer de una pretensión constitutiva con preferencia a los demás Organismos de la jurisdicción civil (1) habrá de ser determinada en cada caso mediante los dos criterios, jerárquico y territorial, — con arreglo a los cuales se distribuye el trabajo jurisdiccional. El criterio jerárquico nos dirá a qué Organismo corresponde conocer de la pretensión constitutiva de que se trate y dictar la consiguiente sentencia, con exclusión de los Organismos de grado diferente del suyo. El criterio territorial, por el contrario, nos indicará el Organismo concreto competente frente a los demás de un mismo grado.

A) La competencia jerárquica para las sentencias constitutivas no está en nuestro Derecho positivo atribuida en razón del especial pronunciamiento que con la pretensión se pide, salvo en al-

(1) Que esto es la competencia: V. GUASP: Derecho Procesal Civil págs. 136-137.

gún caso excepcional, como el de atribución de los juicios de retracto a los Jueces de Primera Instancia. Nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil no conoce los conceptos de acción y senten-
cia constitutiva; tiene el pensamiento puesto en la condena y con esta visión distribuye la competencia. Lo hace en virtud de razones cualitativas o razones cuantitativas (1), es decir, atendiendo a la naturaleza de la pretensión o a su valor.

Las razones cualitativas de la atribución tienen una vez
tiente funcional y otra material. Con arreglo a la primera, la
competencia se fija cuando se atiende a la especialidad jurí-
dico-procesal de la decisión que la demanda impetra. Con arre-
glo a la segunda, cuando la atribución se funda en la especia-
lidad de la situación jurídica que la pretensión invoca.

De entre estas causas de atribución de la competencia jerár-
quica, la más importante, por lo que atañe a los Procesos cons-
titutivos, es la indicada en último lugar, relativa a la natura-
leza de la situación jurídica material que da objeto a la preten-
sión. Puede existir competencia constitutiva por razones funcio-
nales, como la que corresponde al Tribunal Supremo en relación
con el recurso de revisión, cuya admisión tiene por efecto la ex-
tinción de la situación jurídica creada por la sentencia impugna-
da (2). Igualmente, existen casos de pretensiones constitutivas
cuyo reconocimiento hay que estimar atribuido por una razón de
valor (3). Por ejemplo, una pretensión de división de una cosa

(1). V. GUASP, op. cit., pág. 139.

(2). Ofr. Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozess-
rechts, 1954, pág. 388, donde afirma el carácter constitutivo
de la sentencia de revisión.

(3). En el sentido de utilidad perseguida por la demanda.
V. PRIETO-CASTRO, "Tratado", I, pág. 493.

común. El interés de la demanda —conforme a la expresión de la LEO., art. 483—, siempre que pueda ser fijado, determinará la competencia jerárquica, haciéndola corresponder, según la exacta cuantía, a un Juez Municipal ("lato sensu") o a uno de Primera Instancia. Igualmente, cuando se pretende la anulación de un negocio jurídico, si la ventaja que esta medida jurisdiccional reportaría al pretendiente puede ser económicamente fijada (fundamentalmente, porque con ella quedaría libre de la obligación de entregar una cosa o de efectuar una prestación de merecer, computable en dinero).

Pero, como hemos dicho, lo más común es que la competencia jerárquica para el conocimiento de pretensiones cuya satisfacción positiva consiste en un acto de constitución jurídica por sentencia esté asignada en razón de la naturaleza de la situación jurídica que se quiere constituir, modificar o extinguir. En este criterio se funda la competencia predominante de los Juzgados municipales para conocer de las pretensiones de resolución de los contratos de arrendamiento, con arreglo a la nueva legislación sobre esta materia. Pero su manifestación más relevante la hallamos en la norma de la LEO. (art. 483, 3ª) que hace competentes a los Juzgados de Primera Instancia, en el marco del juicio ordinario de mayor cuantía, para las demandas relativas a cuestiones de filiación, paternidad, interdicción y demás que versen sobre el estado civil y condición de las personas. Bajo estas expresiones quedan englobadas los supuestos más característicos de pretensiones constitutivas (junto con los más típicos también de pretensiones certificativas), en especial el relativo al divorcio o separación matrimonial, que es el ejemplo más clásico tomado por la generalidad de los autores al tratar de la sentencia constitutiva.

Se puede afirmar, en conclusión, que la competencia en materia de pretensiones constitutivas es predominantemente, en nuestro Derecho, atributo de los Juzgados de Primera Instancia; no sólo - por lo dicho últimamente, sino también porque, conforme a la previsión del número 2º del mismo art. 483 de la LEC., buen número de pretensiones constitutivas corresponderán a ese grado de la jurisdicción por entrar dentro del concepto de inestimables en la cuantía. Así puede suceder con una pretensión de separación de bienes en el matrimonio, con fundamento en el artículo 1433 del Código civil. También en los casos de acciones impugnativas (anulatorias, resolutorias o rescisorias), en los que no es difícil se dé una indeterminabilidad de la demanda. Más característica aún es la hipótesis del contrato preliminar incumplido (nosotros consideramos constitutiva la pretensión que de este hecho surge, por las razones que expondremos en su lugar), en la cual resulta claro que no se puede reconocer a la demanda del reclamante el interés económico que resultaría del contrato definitivo.

Creemos suficientes estas indicaciones sobre la competencia jerárquica para la teoría general de la sentencia constitutiva.

b) Sólo hemos de hacer notar, a propósito de la competencia territorial para la cognición de pretensiones constitutivas, la diversidad de fueros que la determinan en los distintos casos, conforme a las normas de los artículos 62 y 63 de la LEC. Así, para las acciones impugnatorias (que la jurisprudencia incluye entre las personales: v. Sentencias de 4-V-1915 y 14-I-1946, entre otras), la competencia está determinada en el número primero del primero de los dos artículos citados. Para una incapacitación por prodigalidad o una separación matrimonial, regirá la regla 1ª del art. 63 (Juez del domicilio del demandado). Para la acción nacida de un pre-

contrato, la competencia corresponderá, conforme a la ya citada regla 1ª del art. 62, principalmente al Juez del lugar de cumplimiento de la obligación, y subsidiariamente al del domicilio del demandado o al del lugar de celebración del contrato preparatorio, a elección del demandante.

No sería propio de una teoría general de la sentencia constitutiva apurar el problema de la competencia territorial hasta el punto de precisar ésta en cada uno de los supuestos de esa forma de decisión declarativa. Por ello damos por suficientes también las indicaciones hechas, reiterando que las reglas generales distributivas de la competencia territorial darán en su variedad la solución en cada caso. Las siguientes palabras de GUASP autorizan esta afirmación: "Las reglas señaladas de competencia territorial valen lo mismo en el caso de pretensiones de condena que declarativas o que constitutivas. Por ello no hay necesidad de establecer para los derechos de constatación o los derechos potestativos normas especiales en materia de competencia, ni que asimilarlos forzosamente a las llamadas acciones personales"(1).

LEGITIMACION.- El problema de la legitimación en causa reviste una notable importancia en relación con la teoría de la sentencia constitutiva. Nosotros, conscientes de la inexistencia de una doctrina unánime sobre el particular, preferimos inclinarnos por la postura que considera la legitimación como un requisito procesal, con carácter de presupuesto de admisibilidad

(1). Derecho Procesal Civil, pág. 143

de la demanda, apoyándonos en los argumentos que ofrecen nuestros dos más destacados procesalistas: GUASP y PRIETO-CASTRO. Pero como nos parece necesario dar razones de nuestra actitud, vamos a hacer por nuestra parte una sencilla exposición del tema, sin ánimo, ciertamente de mejorar las ideas que de los citados autores hemos recibido.

Para centrar este tema hemos de hacer un ligero enfoque del problema, tan arduamente discutido, del derecho de acción. Lo cual no significa que veamos en la legitimación un derecho subjetivo, como veremos después. Pero lo que sí es cierto es que el concepto de legitimación es inseparable del concepto de derecho de acción en sentido concreto, a que vamos a aludir.

El derecho de acción, entendido como presupuesto del Proceso, no es a nuestro entender un derecho de naturaleza procesal, sino preprocesal, concedido por las normas constitucionales del Estado; es el poder de acudir al Estado para formular pretensiones (1). Este poder pertenece a la categoría de las potestades, cuya esencia estriba en la posibilidad subjetiva de influir en la esfera jurídica de otra persona sometiéndola a un cierto efecto de formalización o desformalización jurídica. Las potestades de derechos del poder jurídico, según la terminología alemana, a partir de ZITTELMAIN, o derechos potestativos, como los denominó OHIO VENDA, según hemos dicho en otro lugar, tienen la especial característica de que se agotan en cuanto son ejercitadas. Pero las consecuencias de este ejercicio son diferentes según que la potestad de que se trate tenga por correlativo una posición de sumisión

(1). Cfr. GUASP, ob. cit., pág. 232.

a la eventualidad de perder uno o más derechos o la de adquirir uno o más obligaciones. En el primer supuesto, la consecuencia del agotamiento de la potestad es simplemente la producción de un fenómeno - de extinción o modificación jurídica, que desliga total o parcialmente a los dos sujetos de la relación jurídica (denominada por GUASP relación jurídica "actual", por cuanto la interafectación social de los dos sujetos formalizados en ella se producen a través - de una actividad del sujeto del poder) (1); pero si el ejercicio de la potestad actualiza una obligación, frente a ésta surge un derecho subjetivo relativo (es decir, una atribución jurídica de la actividad del sujeto obligado). Ejemplo de lo primero tenemos cuando se ejercita la potestad de revocar un mandato. Realizada esa conducta, el mandato se extingue, quedando el mandatario inevitablemente sujeto a la pérdida de su condición de tal. El ejercicio de un derecho de retracto nos ofrece un caso de la segunda hipótesis. Con tal hecho se constituye una relación jurídica relativa entre el retractante y el adquirente de la cosa (derecho a obtener el bien - obligación de transferir la propiedad del mismo por el mismo precio de la primera transmisión), que sustituye a la anterior relación jurídica potestativa. (2)

Pues bien, a esta segunda posibilidad pertenece el derecho abstracto de acción procesal. Cuando se ejercita mediante la pretensión procesal, se concreta para el Órgano jurisdiccional la obligación determinada de actuar que tiene por razón de su función (3), aunque

(1). V. nota pág. 2

(2). V. la Introducción de este trabajo, donde exponemos la doctrina de la relación jurídica potestativa.

(3). Nos remitimos en estos puntos a KANEUCCHI, que habla de la acción como potestad pública abstracta y de su transformación en derecho subjetivo al ser ejercitada: "Diritto Processuale Civile", 1933, pág. 50 y ss.

no sea más que para rechazar la demanda como inadmisible (1).

Junto a este derecho abstracto, existe un derecho concreto de acción. Al producirse un fenómeno de oposición jurídica, que el Estado, en su voluntad ordenadora de la vida social, quiere resolver mediante la actividad de los Organos jurisdiccionales, si el perjudicado por ella (y por tanto interesado en la actuación jurisdiccional) ejercita su potestad de acción, adquiere el derecho a obtener una sentencia favorable. Como se ve, el contenido de este derecho coincide con el de lo que la doctrina alemana designa con el nombre de Rechtschutzanspruch; pero nuestra visión de aquél nos separa de los partidarios de la teoría sintetizada en este concepto, en el sentido de que a diferencia de ellos negamos a tal derecho de acción concreto la calidad de presupuesto del Proceso. La existencia de ese derecho -que surge con el Proceso-, cuyo objeto (la concreta decisión jurisdiccional) puede tener la naturaleza de una declaración (certificación), una constitución o una imposición (de una situación jurídica), es precisamente la cuestión que se presenta como fondo del asunto. Conocido éste por el Organo jurisdiccional, desde el momento en que aquella existencia queda aprobada, está obligado dicho Organo a conceder la tutela jurídica pedida.

Mas para llegar al conocimiento de ese fondo del asunto no basta con que el actor, al presentar cualquier pretensión, acredite tener actualmente el derecho abstracto de acción (porque tiene capacidad para ser parte y capacidad procesal); si a ello se limita, no conseguirá provocar en el Organo jurisdiccional más actividad que la repulsa de su pretensión, por inadmisible. Para

(1) Cfr. a este propósito la postura de ROSENBERG, "Lehrbuch" págs. 8 y 410.

la constitución y evolución de la compleja relación jurídica procesal, el actor tiene la necesidad de llevar a la convicción del Juez la más cercana posibilidad de que posea el derecho concreto de acción, es decir, el derecho a obtener la medida que pide, y la de - que aquel sujeto frente a quien pretende esté potencialmente sometido a las consecuencias del planteamiento de la demanda.

Debemos aclarar nuestro pensamiento, completando lo que hemos dicho antes sobre el derecho concreto de acción procesal. Al surgir la situación de oposición jurídica para la cual el Estado concede una medida de tutela jurisdiccional, aquel sujeto a favor del cual (por razón del perjuicio en sus intereses que a causa de la desarmonía jurídica sufre) esa medida está prevista desde el plano general de la Ley, adquiere el poder concreto de pedirla a un Órgano jurisdiccional. Este poder es una potestad concreta, de naturaleza ^{pr}procesal, que de una parte tiene como correlativo la misma - obligación general e indeterminada del Órgano jurisdiccional, antes indicada, y de otra parte una sumisión potencial de otros sujeto a las consecuencias jurisdiccionales del ejercicio de la potestad. Puede advertirse la coincidencia que existe entre el ciclo dialéctico formado por la potestad concreta y esta sumisión y la - concepción chiovendiana del derecho de acción procesal. Pero estamos separados de ésta, de acuerdo con lo dicho, por la calificación de dicha relación jurídica, que para nosotros es un contenido concreto de la abstracta relación jurídica de acción y no tiene naturaleza procesal sino preprocesal.

La Ley traza por lo común esa relación potestativa en virtud del hecho de encontrarse el sujeto de la potestad y el de la sumisión en una situación jurídica dentro del marco de la cual se produce la oposición jurídica. Esta situación puede tener muy distin-

ta naturaleza y amplitud, según los casos. En un reducido número de supuestos muy característicos, es la situación jurídica política, cuando menos. Esta puede verse en la base de sustentación de los casos de acción pública contra los actos administrativos y en la impugnabilidad del matrimonio civil por terceros interesados, conforme al artículo 102 del Código Civil (no parece que en este segundo caso el interés que ha de tener el tercero deba suponer una situación jurídica más concreta entre él y los cónyuges o uno de ellos). Pero lo normal es que sea una situación jurídica cuyos elementos subjetivos son estrictamente los sujetos indicados. Así, por ejemplo, una situación jurídica contractual privada es el presupuesto para que, producida una oposición jurídica, como el incumplimiento de su obligación por una parte, adquiere la otra la potestad concreta de que tratamos (que coincide conceptualmente con la acción de que habla nuestro Código Civil).

Esa situación jurídica comunica a los dos repetidos sujetos una condición consistente en la posibilidad objetiva de ser partes en el futuro proceso que podría suscitarse por una oposición jurídica acaecida dentro del ámbito de la misma situación. A esta condición es a lo que llama la doctrina legitimación procesal, activa o pasiva, según se la refiera al presunto titular de la potestad o al de la sumisión.

Repetimos -colocados ahora en el punto exacto de visión- que el Estado, sobre el cimiento de esa situación jurídica, confiere la potestad concreta de acción sólo en cuanto acaese la producción de un fenómeno de desarmonía jurídica para el cual está proyectada su función jurisdiccional ordenadora. De aquí que, una vez transformada -por la interposición de una determinada reclamación- la

potestad abstracta de un sujeto en derecho subjetivo a la prestación de la actividad del Organo jurisdiccional al que se ha dirigido, el actor, para hacer pasar la carga de un proceso sobre el demandado y poder obtener frente a él una decisión favorable, lo primero que tiene que hacer (tal como al estudiar el objeto del Proceso observábase) es la afirmación de una de esas situaciones de oposición jurídica. Esta afirmación es la Behauptung de que hablan los autores alemanes, que quizá podría traducirse más exactamente al español por la misma palabra "pretensión", empleada en el sentido de intento de hacer valer una cosa como cierta ante otro sujeto. Dicha afirmación -una de cuyas funciones principales es hacer conocer al Organo jurisdiccional concreto su competencia para conceder la medida que le ha sido pedida- es el primer paso para producir en el Organo jurisdiccional aquella convicción in litis de que hemos hablado antes (enlazamos, pues, aquí con aquellas afirmaciones), relativa a la máxima posibilidad de que el pretendiente haya actuado amparado por una potestad concreta de acción y que ésta se haya transformado en un derecho a obtener del Organo la concreta actuación que pide. El Organo jurisdiccional se limitará a rechazar la pretensión si no contiene esta afirmación. Lo mismo ocurrirá si el demandante afirma un hecho que cree le da una acción procesal concreta, pero que en realidad no es ninguna de las situaciones de oposición jurídica de que venimos hablando, aunque desde un plano jurídico distinto del positivo tenga también el carácter de una desarmonía o inadecuación. Una pretensión procesal de condena por incumplimiento de una deuda de -juego o de constitución por incumplimiento de unos expensas correría la suerte indicada, de conformidad con los artículos 43 y 1798 del Código Civil, respectivamente, que niegan la acción en

estos casos.

Por lo que producirá fundamentalmente la aludida convicción del Órgano jurisdiccional sobre la más ocreana posibilidad de que el pretendiente tenga el derecho a obtener de aquél la conducta - que pide, y precisamente frente a la persona a quien quiere someter a la carga de atender al proceso; lo que permitirá esta sumisión efectivamente y pondrá al pretendiente en camino de conseguir una decisión favorable, caso de quedar comprobada en el juicio su afirmación de una oposición jurídica, es precisamente la demostración por el pretendiente de que tanto él como el sujeto frente a quien pretende están legitimados, es decir, están vinculados en - aquella situación jurídica sobre la base de la cual puede existir el derecho concreto a la medida jurisdiccional que pide; derecho sobre el cual ha de versar el litigio que incoa con su pretensión.

Hay, pues, que diferenciar teóricamente la cuestión de fondo del proceso -relativa a la existencia del derecho a la conducta jurisdiccional pedida- de la legitimación de las partes del mismo, y que considerar ésta como un requisito previo del Proceso, que, en norma genoral, debe quedar acreditado desde un principio. Debemos estimarlo así, aunque la doctrina del Tribunal Supremo no se pronuncia claramente en este sentido. Nos parecen suficientemente justificativas las razones que da PHILIPPO-CASTRO (1): la legitimación, presupuesto procesal, actúa como "límite puesto a la facultad del ejercicio de la acción, como garantía de la eficacia de - la labor jurisdiccional del Estado"; limita igualmente "la capacidad para ser parte, toda vez que impide que cualquier individuo

(1) Derecho Procesal Civil, I, 1949, pág. 166.

pueda presentar una demanda sin limitación alguna y sujetar a otra persona a la carga de comparecer y contestar a ella, o de estar a las consecuencias de no hacerlo"; finalmente, "para las dos partes evita los efectos de un mal planteamiento del proceso".

La importancia que, por lo que venimos de expresar, encierra la legitimación (1) no puede quedar desmentida por ninguna de estas dos realidades:

a) La intrascendencia de la legitimación, como presupuesto procesal, en algunos casos excepcionales, por quedar absorbida en la condición de ciudadano del Estado. Nos referimos a los casos en que la Ley concede el derecho concreto de acción por razón de un mero interés. Nos remitimos a los ejemplos puestos antes al hablar de la situación jurídica base de la legitimación.

b) El hecho de que por ir a veces tan ligada a la situación jurídica base que constituye la legitimación al problema de la existencia del concreto derecho de acción, la comprobación de esa especial condición de las partes del proceso es inseparable de la cuestión de fondo. Tal sucede en algunos de los supuestos de la que GUASP llama legitimación directa (2), que son aquellos en los que la situación jurídica base recibe de manera directa el impacto del acontecimiento que crea la situación de oposición jurídica. Así, por ejemplo, si una persona pretende un acto de tutela jurí-

(1). Que no es ni un especial requisito de capacidad ni un derecho subjetivo, sino una "consideración especial en que tiene la Ley..... a las personas que se hallan en una determinada relación con el objeto del litigio": GUASP, Derecho Procesal Civil, pág. 199.

(2). Ofr. ob. cit., pág. 200.

diccional por el incumplimiento de un contrato preliminar, aun cuando en teoría sean cosas distintas la existencia de esa situación jurídica contractual (que confiere la legitimación) y la realidad del incumplimiento afirmado por el demandante (que determina el nacimiento de una acción constitutiva), que es propiamente el problema de fondo del asunto, la comprobación de ambos extremos se presenta como un problema prácticamente indivisible.

Pero en otros casos la legitimación directa es esta condición fácilmente discernible de la cuestión de fondo. Así sucede cuando la legitimación se presenta no fundida con la cuestión absoluta de si la situación jurídica base existe o no, sino en el sentido de si una de las partes participa realmente en ella por haber sucedido a otro sujeto en la titularidad del correspondiente estado jurídico, o de si participando de dicha situación ello es o no con carácter autónomo. Aclaremos estas ideas con unos ejemplos. Si A demanda frente a B la rescisión de un contrato inicialmente existente entre el primero y C, creyendo erróneamente que B se ha subrogado en dicha situación por haber sucedido hereditariamente a C, B podrá sustraerse de la carga de intervenir en el proceso excepcionando con su falta de legitimación la de un presupuesto indispensable de ese proceso que A quiere entablar. El número 2º del art. 503 de la LEC. apoya claramente esta doctrina. La misma ha de sostenerse en el caso, por ejemplo, de que un coheredero reclame jurisdiccionalmente la división de la herencia frente a uno solo de los otros coherederos (reclamación apoyada en el supuesto del art. 1059 del Cód. civ.). La comunidad hereditaria crea una situación jurídica entre los co-partícipes, de la que forma parte el derecho de cada uno a pedir la división y la obligación en los demás de prestarse a ella en

determinadas circunstancias; pero con la particularidad de que esta obligación es común e indivisible en todos los coparticipes distintos del titular del derecho que se considere. Por tanto, queda claro que la legitimación pasiva para el juicio de división corresponde a todos ellos conjuntamente. De donde, si uno de ellos es individualmente demandado, podrá exceptuar su falta de legitimación e impedir la entrada en el fondo.

La fisonomía autónoma de la legitimación es aún más clara en los casos en que la Ley establece la relación potestativa concreta de acción entre dos sujetos no porque participen en una situación jurídica que estrictamente les liga a ellos, sino por que intervienen, respectivamente, en dos situaciones diferentes que tienen de común la inclusión de otra persona en cada una de ellas. La base de la legitimación son, por tanto, esas dos situaciones jurídicas. Cuando un sujeto, actuando como representante de otro, interpone una pretensión procesal en nombre de éste, va investido de una legitimación especial en virtud de la situación jurídica de apoderamiento en que se encuentra con una de las partes (civiles) de otra situación jurídica, a la que se refiere la oposición jurídica afirmada en la pretensión (p. e., si el representante pide la anulación de un contrato celebrado por su representado y el otro sujeto). En este supuesto, el problema de la legitimación activa se configura con notoria independencia del fondo del asunto. La falta de representación podría ser exceptuada por el demandado antes de la entrada en ese fondo (en el juicio de mayor cuantía, desde luego).

Idéntica doctrina sugieren los casos de justificación procesal, que con los de representación incluye GUASP en el concepto de le-

gitimación indirecta (1). En el supuesto de la acción subrogatoria del art. 1111 del Cód. Civ., el acreedor está legitimado para pretender la tutela jurisdiccional por razón de una oposición jurídica relativa a una situación jurídica entre su deudor y otra persona, por virtud de la situación jurídica que con el primero le liga. La Ley le concede la potestad concreta de acción frente al segundo, en razón de esa situación jurídica, en tanto en cuanto la oposición se produce en la situación jurídica entre el deudor y el tercero.

Existe otro caso, muy interesante para nosotros, de acción procesal concreta, que establece un complejo régimen de legitimación, en el cual podemos ver combinadas las dos posibilidades con que nos hemos encontrado. Nos referimos a la acción revocatoria que otorga el mismo art. 1111 del Cód. Civ. El presunto titular de esta acción (cuya existencia efectiva depende de la desarmonía jurídica consistente en el acto fraudulento de que habla el artículo) está legitimado frente al deudor por razón de la situación jurídica en que se encuentra con él, en la que se produce indirectamente la lesión jurídica que aquel acto comporta. Frente al tercero, con quien el supuesto acto fraudulento se ha efectuado, está legitimado por razón de dos situaciones jurídicas: la que le liga con el deudor y la que media entre éste y dicho tercero (suponemos que se mantiene y no ha sido sustituida por otra de distinta naturaleza -por ejemplo, un contrato de compraventa, del que ha derivado ya la propiedad del tercero). La legitimación pasiva del deudor se apoya en la situación jurídica a la que pertenece la relación crediticia. La del tercero, en la situación jurídica creada por el acto que se reputa frau-

(1). V. ob. cit., págs. 200-201.

dulento. Al presentarse la pretensión constitutiva, habría una primera zona de legitimación sobre la cual cabría una excepción previa de los demandados (a los cuales parece que hay que considerar indivisiblemente unidos en la posición pasiva de la relación potestativa de acción; después nos ocuparemos de esta cuestión): la activa del pretendiente, por lo que se refiere a la existencia y efectiva titularidad de la situación jurídica que afirma le liga con el deudor; además, la pasiva de éste, por las mismas razones. Es decir: el presunto deudor y el tercero pueden excepcionar la falta de legitimación de aquél y del pretendiente porque no exista entre ambos la situación jurídica en que el segundo quiere apoyarse.

Pero lo que no puede ser excepcionado previamente es la falta de legitimación del tercero porque el acto pretendidamente fraudulento no haya tenido lugar o no se haya celebrado con él. Aunque esta cuestión es en teoría independiente del fondo del asunto que se oíe a la indagación (del carácter efectivamente fraudulento del acto y la consiguiente existencia de la acción revocatoria), es en la práctica inseparable del conocimiento de éste.

Terminamos así nuestro bosquejo del problema de la legitimación procesal, cuyos verdaderos términos creemos haber determinado exactamente, si bien con un criterio puramente doctrinal, por no existir un régimen legal ni jurisprudencial que suministre claramente los conceptos y principios que, en consideración a la mayor perfección de la institución procesal, estimamos deben regir. Ténganos ahora, partrechados con las ideas desarrolladas, enfocar las peculiaridades fácticas y especialidades problemáticas que la legitimación presenta en el campo de los procesos constitutivos.

1. Consideración general de la legitimación como presupuesto procesal de la sentencia constitutiva.

La legitimación para pedir una sentencia constitutiva puede unas veces estar apoyada en la misma situación jurídica que ha de ser objeto del acto constitutivo jurisdiccional. Así sucede en la mayoría de los supuestos de acción impugnatoria. Expresamente dice el art. 1302 del Cód. Civ. que "pueden ejercitar la acción de nulidad de los contratos los obligados principal e subsidiariamente en virtud de ellos". La legitimación activa y la pasiva para el proceso en que la pretensión de ineficacia haya de discutirse está conferida por la Ley en razón de la participación en la situación contractual sobre la que recaerá la actividad jurisdiccional modificativa. El mismo criterio rige en relación con la acción de divorcio (art. 106 Cód. Civ.) y con las acciones de exclusión de uno o más socios o de disolución de la sociedad (Código de Comercio, arts. 218 y 224, respectivamente, entre otros). Podemos en síntesis afirmar que, por regla general, la legitimación está atribuida en razón de la titularidad de la situación jurídica objeto del acto jurisdiccional constitutivo en todos los casos en que la constitución consiste en una modificación o una extinción.

Pero otras veces la calidad de que tratamos está configurada en función de una situación jurídica distinta. Así sucede:

a) En los casos de constitución estricta. El legitimado, por ejemplo, para pedir jurisdiccionalmente el establecimiento de la servidumbre de paso que prevé el art. 564 del Cód. Civ. es el propietario de la finca enclavada entre otras, que por esta circunstancia tiene frente al dueño del predio que debe soportar la

servidumbre el derecho a que éste se preste a constituirlo. La situación jurídica a que este derecho y la correspondiente obligación pertenezcan es distinta de la que la servidumbre comportará. En el supuesto del retracto advertimos el mismo mecanismo jurídico. El retrayente, una vez ejercitada su potestad de adquisición preferente, tiene a su favor un crédito sobre la transmisión de la cosa enajenada, frente al adquirente de ella. Este derecho forma parte de la situación jurídica configurada, por ejemplo, por la propiedad del fundo colindante (art. 1523 del Cód. Civ.), en virtud de la cual surge la legitimación para pedir la tutela jurisdiccional subrogatoria. La demostración de esa situación de propiedad es fácilmente separable de la cuestión de fondo del posible proceso, que, según las ideas ya expuestas, versaría sobre la real existencia del derecho de constitución jurisdiccional, con base en el derecho constitutivo privado insatisfecho. (Seguidamente haremos un estudio más detallado sobre el contenido y naturaleza del derecho de constitución procesal y su posible relación con un previo derecho de constitución extraprocesal, al desarrollar los conceptos dados dentro de la teoría general que expusimos en la Introducción).

b) En ciertos casos especiales de extinción en que la acción constitutiva está pensada y genéricamente establecida a favor de personas ajenas a la situación jurídica susceptible de eliminación. Así, en el supuesto de la acción pauliana que conceden los artículos 1111 y 1291, 3ª del Cód. Civ., por lo que se refiere a la legitimación activa (recuérdese lo dicho anteriormente sobre este mismo punto concreto). La legitimación pasiva del tercero con quien el acto revocable (o rescindible, según el art. 1291) tuvo lugar se funda en la situación

jurídica creada por este acto, y por tanto no corresponde a la noción que ahora desarrollamos. Esta nos es facilitada igualmente - por el supuesto de la incapacidad por prodigalidad (art. 221 del Cód. Civ.) para pedir la cual están legitimadas las personas que la Ley indica, en razón de la situación jurídica familiar en que se encuentran con el presunto incapaz (la aptitud del Ministerio Fiscal para pedir la incapacidad, más que como legitimación, ha de ser a nuestro entender considerada como función orgánica).

2. El litisconsorcio como presupuesto procesal de la acción constitutiva.

La legitimación para la constitución, la modificación o la extinción de una situación jurídica concreta puede corresponder a una sola persona o a una pluralidad de ellas. Esta segunda posibilidad ofrece interesantes problemas en relación con el estado jurídico-procesal que la doctrina conoce con el nombre de litisconsorcio necesario, sobre los que dirigimos ahora nuestra atención.

Hay supuestos de constitución jurisdiccional en que la Ley concede la correspondiente acción a más de un sujeto, con la particularidad de que cada uno puede ejercitarlo independientemente. El caso ya citado de la incapacidad por prodigalidad ofrece una buena muestra de ello. El cónyuge o cualquiera de los herederos forzosos (art. 222 Cód. Civ.) puede individualmente dirigirse al Órgano jurisdiccional para provocar la incapacidad. Régimen idéntico hemos de ver en el caso de impugnación de una relación jurídica obligacional de carácter solidario, efectuada por uno solo de los deudores o por el deudor contra uno solo de los acreedores. Aunque en la primera hipótesis, de solidaridad pasiva, todos los deudores participan de la posible titularidad de la acción impugna-

tiva, cada uno de ellos está, por razón de la especial naturaleza del vínculo de solidaridad, en condiciones de ejercitarlo independientemente. Por la misma razón, puede ese derecho ser ejercitado por el deudor común contra cualquiera de los acreedores solidarios. El párrafo segundo del art. 1141 del Cód. Civ. autoriza positivamente esta doctrina: "Las acciones ejercitadas contra cualquiera de los deudores solidarios perjudicarán a todos éstos". Esta norma puede ser interpretada en el sentido de ver implícitamente contenido en ella un tratamiento idéntico del ejercicio de acciones por uno de los deudores solidarios contra el acreedor, así como por el deudor contra cualquiera de los acreedores solidarios. La Sentencia del Tribunal Supremo de 13-III-1943 apoya esta interpretación, al decidir que puede un deudor solidario instar, en concepto de demandante, la declaración de nulidad de la obligación, con igual extensión y efectos respecto a los demás.

En ninguno de los supuestos que hemos considerado presenta la legitimación problema especial alguno. Cada uno de los posibles titulares del derecho de incapacitación está activamente legitimado para el correspondiente proceso; cada uno de los deudores solidarios lo está también activamente para el proceso de impugnación del vínculo obligacional, y pasivamente cada uno de los acreedores solidarios respecto al proceso de la misma índole. La única exigencia procesal específica que en estos casos da legitimación plural puede producirse no atañe propiamente al acreditamiento previo de esa condición subjetiva, sino a la circunstancia de que varios de los sujetos legitimados accionen al mismo tiempo pretendiendo el mismo acto jurisdiccional constitutivo. Si bien para la interposición de la pretensión no es nece-

sario que esos sujetos actúen en comunidad (la cual constituiría una modalidad peculiar del requisito de legitimación). sino que pueden hacerlo independientemente, una vez solicitada por cada uno de ellos la tutela jurisdiccional, los principios procesales de armonía y economía (1) justifican la necesidad de que todos ellos actúen unidos, quedando ligados en el estado jurídico-procesal que GUASP designa con el nombre de litisconsorcio impropia-mente necesario (2). Esta figura procesal fue estudiada por ORIO VENDA, sin recibir una denominación especial, en su ensayo "El litisconsorcio necesario" (3) como una de las tres posibilidades en que puede configurarse esta forma de comunidad. Además la puso en íntima relación con el carácter constitutivo de la acción ejercitada por los diversos litisconsortes. El supuesto de la misma consistía para él en la existencia a favor de varios sujetos de un derecho a la modificación de un estado jurídico de otro sujeto. Sobre esta base, construía una doctrina integrada por estos puntos: Cada uno de esos sujetos puede accionar por sí solo, pero si lo hacen varios, el juicio ha de ser necesariamente único; mas con la singularidad de que, excluida la acción de uno de los litisconsortes, no es por eso excluida la de los demás (4). Entre nosotros, GUASP deslinda este tipo de litisconsorcio apoyándose en la norma del artículo 511 de la LEO., el cual, con una visión limitada -- (que el autor estima debe ampliarse interpretativamente, para lograr una teoría general) exige que en caso de ser varios los demandados en el proceso, litiguen unidos y bajo una misma dirección, si hacen uso de unas mismas excepciones.

(1) Ofr. GUASP: Derecho Procesal Civil, pág. 26.

(2) Op. cit., pág. 218.

(3) Tomo III de los Ensayos, traducción de SANTI MELENDO, Buenos Aires, 1949.

(4) Ofr. el ensayo citado, en las págs. 117 y 122 del Tomo III.

Nosotros acogemos aquí incidentalmente esa figura litisconsorcial y reiteramos, sobre la base del citado artículo de la LEO., la necesidad de que cuando, dado uno de los supuestos indicados de legitimación plural, más de uno de los presuntos titulares de la acción constitutiva pretenden la tutela jurisdiccional, deben en un regundo momento actuar unidos como litisconsortes.

Pero existen otras ocasiones en que la pluralidad de personas legitimadas para actuar en un determinado proceso presenta otra fisonomía, por razón de una especial característica de la situación jurídica material en que se encuentran. Aludimos principalmente a los supuestos en que dentro de una situación jurídica varios sujetos participan comunitariamente en la posición de poder o de deber (o bien de ambas cosas a la vez) de una cierta relación jurídica. Las varias personas que integran una unidad subjetiva -más o menos intensa- en la titularidad de dicha relación. Por esta razón, al producirse un cierto fenómeno de oposición jurídica, en el momento de nacer la situación jurídica o después, tales personas comparten individualmente la potestad de acción procesal (que como ya dijimos no es propiamente un derecho procesal) o la sumisión a las consecuencias del ejercicio de dicha potestad.

Lo cual quiere decir que, en base de aquella especial titularidad material, participan también indivisiblemente^{de} la legitimación activa o pasiva para el proceso o los procesos a que podría dar lugar el conocimiento, o al menos la "pretensión" de una desarmonía en el seno de la indicada relación jurídica (y, por tanto, también en el seno de la situación jurídica total). El ejem-

ple más característico de esta circunstancia nos lo ofrece el artículo 1139 del Código Civil, que establece el régimen de las obligaciones mancomunadas indivisibles. Al disponer dicho artículo que "sólo perjudicarán al derecho de los acreedores los actos colectivos de éstos y sólo podrá hacerse efectiva la deuda procediendo — contra todos los deudores", hace imposible la eficacia de una sentencia que pudiera dictarse sólo contra uno de los copartícipes o una parte de los mismos. Esto significa que para el pronunciamiento de una decisión eficaz es condición indispensable que todos — ellos acudan conjuntamente al proceso y de este modo actúen en él; es decir, que han de constituirse procesalmente en estado de litigio consorcio necesario. La misma exigencia rige en otros diversos casos legales de comunidad, que hemos de indicar después, por las razones expresadas y otras distintas.

Pero hay también otros supuestos jurídicos especiales que no corresponden al esquema que acabamos de esbozar, en los que el presupuesto procesal de la legitimación se concreta también en la exigencia de una situación litisconsorcial. Son aquellos en los que — está prevista una concreta potestad de acción a favor de personas ajenas a una situación jurídica en que otras dos o más están afectadas, y precisamente frente a éstas. Manifestación característica es la acción para impugnar el matrimonio civil que a los terceros interesados otorga el art. 102 del Código Civil. Hay que estimar que, dada la comunidad de interés en la autenticidad y conservación de la situación matrimonial que existe siempre (al menos teóricamente) entre ambos cónyuges, el correlativo de aquella potestad de acción es una unión cuya titularidad recae conjuntamente sobre esas dos personas. Cabe, por tanto, considerar implícita en nuestro ordenamiento jurídico la misma exigencia del párrafo —

632 de la KPO: Alemana, que en el citado supuesto de la acción de nulidad de un matrimonio a favor de terceros, establece la necesidad de que la demanda sea propuesta "contra ambos cónyuges".

Las dos modalidades de litisconsorcio necesario que hemos -- distinguido pueden ser teóricamente unificadas por el hecho de que una y otra suponen siempre un estado de comunidad en la titularidad de una de las dos posiciones --activa de potestad, pasiva de --sumisión-- de la relación concreta de acción procesal entre sujetos particulares. Esta estructura de la relación, considerada en un plano genérico, exige que en el concreto proceso intervengan unidos todos aquellos que pueden realmente tener la acción o todos aquellos que pueden estar sometidos a las consecuencias de su ejercicio. Como enseña GUASP. los principios de armonía y economía, que fundamentan en todas sus formas la institución del litisconsorcio, imperan aquí con una especial intensidad, suscitando la -- "necesidad de que varios intervengan conjuntamente en un proceso, de tal modo que la pretensión no puede ser válidamente propuesta sino por varios sujetos o frente a varios sujetos, o por varios frente a varios a la vez"(1). Tales sujetos están sometidos a una "carga de intervención común", cuyo incumplimiento "equivale a la falta de un requisito procesal que obliga al Juez a abstenerse, no de decidir, sino de entrar en el fondo de lo reclamado" (2). Hay en estos casos, como dice OHIOVENDA, una imposibilidad jurídica de que se produzcan pronunciamientos separados, que el Juez debe de oficio poner de relieve, toda vez que no puede desinteresarse de la deficiencia de partes en causa, porque esta deficiencia hace imposible el acto que a él se pide (3). La gestión proc

(1) Curso Procesal Civil, pág. 217.

(2) Id., pág. 218.

(3) El litisconsorcio necesario, en Ensayos cit., pág. 112.

mal común (que o bien se iniciará con la interposición de la demanda por todos los activamente legitimados o será por ella ocasionada al dirigirse frente a todos los legitimados pasivamente) asume el carácter de una condición indispensable, "si se quiere evitar la repulsa de la demanda, por falta de legitimación activa o pasiva" (1), que lleva a sus inevitables consecuencias la fuerza obstativa de la figura procesal tradicionalmente conocida con el nombre de consortio plurium litisconsortium. Pero aun cuando en algún caso concreto esta repulsa no tuviera lugar y llegara a dictarse resolución definitiva, ésta sería ineficaz, como hemos dicho antes. Una tal sentencia puede ser marcada con el mismo juicio radical que de PAULO (2) mereció la que recaía sólo entre algunos de los coherederos en virtud del ejercicio de la actio familiae erisundae: inutiliter datur.

Los dos autores extranjeros citados, GOLDSCHMIDT y CHIOVENDA, ponen en rigurosa correspondencia el tema del litisconsorcio necesario, desde el punto de vista del Derecho alemán e italiano, respectivamente, con los procesos constitutivos. Según el primero, sólo suscitan ese problema las acciones constitutivas derivadas de una relación jurídica con respecto a la cual una pluralidad de sujetos se encuentran en comunidad jurídica (3). CHIOVENDA, por su parte, afirma que "si existe el litisconsorcio necesario, aun fuera de normas de ley precisas, y a base de la relación preexistente al proceso, este no puede ser más que en el campo de los derechos potestativos, en cuanto éstos, tendiendo a su

(1). GOLDSCHMIDT, Derecho Procesal Civil, pág. 441.

(2). Citamos la referencia de CHIOVENDA, en el ensayo indicado, pág. 310.

(3). *Op. cit.*, pág. 441.

actuación en el juicio, den lugar a sentencias constitutivas"(1). Pero conforme a nuestro ordenamiento jurídico no podemos aceptar esa categórica doctrina de los dos prestigiosos procesalistas. - Del artículo 1139 del Código Civil, que hemos examinado antes, se evidencia netamente la posibilidad de que el problema del litisconsorcio necesario se cierna sobre un proceso de condena. No deja lugar a dudas que si "sólo podrá hacerse efectiva la deuda - procediendo contra todos los deudores", para la eficacia de la procedente sentencia de condena es ineludible requisito que sean demandados todos esos deudores. Nuestro Tribunal Supremo, que en materia de litisconsorcio en general sigue una línea doctrinal - laudablemente progresiva, ha proclamado netamente la necesidad del mismo en ciertos casos de procesos de condena y de certificación. La fundamental Sentencia de 27-VI-1944, dictada con ocasión de un caso de acción reivindicatoria contra una sociedad, en el que se esgrimieron como excepciones la existencia de un defecto procesal en la demanda (configurado según el desdichado concepto de la "falta de acción") y la de litispendencia, declara que "la naturaleza especial de los defectos ténidos en cuenta en el presente caso por el sentenciador, obstativos a la normal y adecuada constitución de la relación jurídico-procesal, no sólo impediría que se pudiera entrar con éxito en el fondo del negocio, sino que excusaba a aquél de examinar y decidir la excepción alegada de "litispendencia", toda vez que, consistiendo esos defectos

(1). Ensayo cit., pág. 309.

en no ser encausado por la demanda un estado de litisconsorcio pasivo necesario y siendo "racional y obligada consecuencia" de éste "que cuando por razón de la naturaleza de la relación jurídico-material controvertida no pueda pronunciarse una decisión sino con referencia a varias partes, hayan de ser demandadas éstas en el mismo proceso...", de ello "se desprende que al entrar en juego en el caso actual la cuestión relativa a la intervención o no intervención en el proceso de las partes interesadas en la relación jurídico-material, ha podido el sentenciador, con perfecta lógica, conceder la primacía a dicha cuestión sobre la de litispendencia, en atención a que, sin abordarla previamente, no cabría resolver el problema de la identidad de acciones que la excepción de litispendencia plantea". Con esta resolución se marca ya una doctrina general sobre el litisconsorcio necesario, que reitera más recientemente la de 24-I-56, ocasionada por una demanda para la declaración de inexistencia de un contrato. Desde el punto de vista, pues, de un proceso certificador, el Tribunal Supremo declara como requisito procesal, "por motivo de la relación jurídico-material existente entre todas las personas que intervinieron en el contrato, una situación de litisconsorcio pasivo necesario, que... exige la presencia en el juicio de todas las personas a quienes la resolución podría afectar". La evitación de "la división e incertidumbre de la cosa juzgada" justifica suficientemente tal exigencia.

No obstante lo expuesto, el campo preferente de acción de esta forma típica del requisito de legitimación es el de los procesos promovidos por pretensiones constitutivas. Hay, por tanto, que afirmar el litisconsorcio necesario como requisito

inescalable para el válido pronunciamiento de ciertas sentencias constitutivas. Cuando "son varios los sujetos al efecto jurídico, en el sentido de que éste deba producirse necesariamente frente a varias personas juntas, éstas son naturalmente litisconsortes en el juicio respectivo. Si actúan en juicios separados, el efecto jurídico no puede conseguirse; las sentencias inutiliter dantur" (1). Esta imposibilidad existe siempre que "el estado o el acto jurídico del que se pide la modificación es conceptualmente uno respecto a varios. La acción para la modificación corresponde entonces frente a varios" (2). Del contenido de las Sentencias antes citadas se infiere indudablemente que nuestra jurisprudencia acoge esta doctrina, dada la amplitud genérica de las expresiones con que se pronuncian sobre el litisconsorcio necesario. Pero, además, el Tribunal Supremo ha tenido numerosas ocasiones de decidir sobre este punto en recursos suscitados con motivo de la interposición de pretensiones de carácter constitutivo. Desde la Sentencia de 6-VIII-1902, el Tribunal Supremo ha venido fijando netamente, en relación con los supuestos de nulidad y rescisión de los contratos, el principio de que cuando en el contrato están interesadas varias personas, la acción no puede ejercitarse válidamente sólo contra alguna de ellas. Las Sentencias de 8-II-1903, 20-XI-1912, 29-IV-1924, 21-I-1930, 4-I-1947, 7-VII-1947, entre otras, marcan la misma línea, refiriéndose indistintamente a los conceptos de nulidad, rescisión e inexistencia, que correspondan tanto al marco de las sentencias constitutivas como al de las cer-

(1). CHIOVENDA: El litisconsorcio necesario, pág. 311.

(2). Pág. 312

tificativas. Pero la más relevante sentencia dictada en un caso de acción constitutiva es la de 30-IX-1950, la cual da un notable paso al establecer que la falta de litisconsorcio (excepción dice la sentencia) "puede ser apreciada de oficio por el Tribunal, a quien incumbe cuidar de que el litigio se ventile con todos los que claramente pueden resultar afectados por las declaraciones de la sentencia, ya que el principio de orden público o de la veracidad de la cosa juzgada exige la presencia en el procedimiento de todos los que debieron ser demandados". Con esta vigilancia oficial sobre la exigencia litisconsorcial, se eludirán, según la sentencia, estos dos posibles perjuicios: a) la lesión del principio "nadie puede ser condenado sin ser oído"; b) el riesgo de sentencias contradictorias, con menoscabo del principio de autoridad de la cosa juzgada. El recurso de casación había sido interpuesto contra la sentencia satisfactiva de una pretensión para la resolución de un contrato de arrendamiento, que fué dirigida sólo frente a uno de los beneficiarios de la vivienda.

Aunque los conceptos de GIOVENDA últimamente transcritos y los términos en que se expresan las Sentencias del Tribunal Supremo que hemos recogido apuntan sólo a una posición litisconsorcial pasiva, la doctrina que en ambos lugares se sienta ha de ser entendida también con referencia a posibles estados de comunidad en la acción, en razón de los cuales se precisa una actuación procesal conjunta en litisconsorcio activo. La Sentencia de 26-VI-1948 se ocupa de un caso de litisconsorcio necesario activo. Contiene la definitiva desestimación de una demanda con la que se impugnaba una transacción, a causa de haber sido presentada por un heredero con exclusión de los demás coherede-

res que también intervinieron en la transacción.

De los párrafos que preceden, se desprende que el campo en el que más normalmente presiona el problema del litisconsorcio necesario es el de las acciones impugnatorias, o sea, las de anulación, rescisión y resolución. De una manera especial, cuando la situación jurídica impugnada corresponde al supuesto del citado art. 1139 del Cód. Civ., es decir, de las obligaciones o derechos mancomunados indivisibles. Cualquier pretensión dirigida frente a uno solo de los acreedores mancomunados, a fin de obtener la ineficacia de la relación o relaciones jurídicas de que se trate, no podrá conseguir este efecto, por cuanto "sólo perjudicarán al derecho de los acreedores los actos colectivos de éstos". No obstante, no queda reducida la exigencia de litisconsorcio a estos casos de mancomunidad, cuando se trata de pretensiones constitutivas. De la doctrina científica y jurisprudencial de que nos hemos hecho eco se deduce claramente que dicha exigencia rige también en los casos de cotitularidad que permiten una división de la reclamación o de la responsabilidad (1). No sería preciso el litisconsorcio en estos casos para la obtención de una sentencia de condena por uno de los acreedores o contra uno de los deudores, puesto que cada uno tendría el derecho a exigir o sería responsable de satisfacer una parte de la prestación total. Pero la cuestión sería distinta si lo que se pretendiera fuese la eliminación de la situación jurídica integral, ramificada en esas relaciones jurídicas concretas, puesto que en caso contrario la posible sentencia estimatoria perju-

(1). Ofr. art. 1138 del Cód. Civil y la Sentencia de 30-IX-1930, antes citada.

dicaría a personas que no intervinieron en el juicio. La importante diferencia de régimen jurídico que así se nos muestra acusa el estrecho compromiso entre la cuestión del litisconsorcio necesario está con el efecto singularizador de las sentencias constitutivas, corroborando la afirmación que en este sentido hemos hecho antes, tras corregir, desde el punto de vista de nuestro Derecho, las posiciones de GOLDSCHMIDT y OHIOVENDA.

Hay, empero, otros supuestos de extinción de situaciones jurídicas, que no tienen carácter impugnatorio, en las cuales se suscita la cuestión de que nos ocupamos. Citemos fundamentalmente la pretensión de división de una cosa común y la de disolución de una sociedad. Dejamos paso a las siguientes palabras de OHIOVENDA, que con su autoridad indiscutida fija la doctrina exacta para esas ocasiones: "Si un comunero quiere hacer cesar la comunidad o un socio de la sociedad....., el efecto debe necesariamente producirse respecto a todos los comuneros, a todos los socios.....; el conjunto no puede cesar sino frente a las unidades singulares de las que resulta; todos estos son litisconsortes necesarios en la acción tendente a tal efecto..... Si falta alguno de ellos, la legitimación para accionar no es completa y el Juez no puede aceptar la demanda" (1). Por nuestra parte, nos remitimos a las observaciones hechas sobre el supuesto de la comunidad hereditaria (con referencia al artículo 1039 del Código Civil) al tratar de la teoría general de la legitimación; observaciones que pueden cabalmente aplicarse también al supuesto de disolución de una sociedad, con fundamento en el artículo 1707 del Código Civil -por no citar sino el Derecho común en materia de sociedades.

(1) El litisconsorcio necesario, en el lug. cit., pág. 113.

También puede darse la necesidad del litisconsorcio en casos de pretensiones de constitución estricta. Ello sucederá siempre - que, existiendo una relación jurídica privada cuyo objeto sea la prestación de la actividad necesaria para la creación de la situación jurídica de que se trate, una de las posiciones de dicha relación esté asumida por una pluralidad de personas. Habrá entonces una mancomunidad indivisible en el crédito o la deuda (o ambas cosas a la vez) relativos a dicha prestación, que deben ser enmarcados en una hipótesis que prevé el repetido artículo 1139 - del Código Civil. Si la comunidad se da en la posición pasiva de la indicada relación, la disposición expresa del artículo, que ya hemos comentado, exige la intervención litisconsorcial de todos - los deudores en el proceso constitutivo. Para el caso de que esa comunidad sea activa, aunque el artículo no se pronuncia directamente sobre esta posibilidad, creemos se debe interpretar su contenido en el sentido de considerar implícita en él la disposición de que tampoco perjudicarán al deudor (o deudores) más que los actos colectivos de los acreedores; por consiguiente, que en el caso de la pretensión constitutiva a que nos referimos (por ejemplo, la motivada por el incumplimiento de un contrato preliminar) será necesaria el litisconsorcio de estos acreedores. La amplitud de - criterio de nuestro Tribunal Supremo, que revelan las Sentencias que hemos recogido, facilita, sin lugar a dudas, esta solución.

Nótese que las diversas conrecciones de la necesidad de litig consorcio que hasta este momento hemos indicado, dentro del ámbito de los procesos constitutivos, corresponden a la primera de las -- dos razones lógico-jurídicas que podían fundamentar esa exigencia, las cuales fueron discernidas al principio. Decíamos que unas ve-

ces la necesidad del litisconsorcio deriva del hecho de estar su-
perestructurada la relación potestativa de acción sobre la trama
de una relación jurídica privada que en una de sus posiciones o
en las dos presentaba un fenómeno de cotitularidad. Otras veces,
por el contrario, surge de la circunstancia de estar prevista -
por la Ley una acción concreta frente a dos o más personas liga-
das en una situación jurídica, de la cual el titular de la acción
no participa. La mecánica de la legitimación, con su particular
versión de litisconsorcio pasivo necesario, muestra aquí una or-
ganización muy diversa, y ciertamente excepcional. El fenómeno,
además, sólo se produce en el plano de los procesos certificati-
vos y constitutivos. La acción para pedir la nulidad del matrimo-
nio, (1) concedida a terceros interesados, es muestra caracterís-
tica de lo primero. De lo segundo -y tocamos ya nuestro objeto-,
la acción revocatoria o pauliana, que en nuestro Derecho está
concedida por los artículos 1111 y 1291 del Código Civil.

Reparando en esta acción, considera CHIOVENDA legitimados
pasivamente a los dos sujetos de la situación jurídica creada
por el acto fraudulento, que el acreedor de uno de ellos puede
impugnar por lesivo a sus intereses. Lo cual significa que en el
oportuno proceso esos dos sujetos habrán de aparecer necesaria-
mente unidos en litisconsorcio (2). Nosotros nos adherimos sin
vacilación a esta doctrina, invocando la postura de nuestra ju-
risprudencia, cuyos progresivos términos dan base suficiente pa-
ra sostenerla en nuestro ordenamiento.

(1). Al menos en los supuestos de inexistencia de esta si-
tuación jurídica.

(2) V. El litisconsorcio necesario, pág. 115, y también In-
stituciones, pág. 209.

PROCEDIMIENTO.— Completaremos el estudio de los requisitos procesales de la sentencia constitutiva haciendo unas breves observaciones relativas al sistema específico de actuaciones que es exigido en cada caso como guía conductora hacia la satisfacción de la pretensión constitutiva.

Si la naturaleza de la decisión que se pide al Órgano jurisdiccional en la pretensión procesal no decide por sí misma sobre la competencia jerárquica ni territorial, tampoco es tomada por nuestro Derecho positivo como criterio para marcar el procedimiento que ha de seguirse en cada caso. Por ello hemos de decir aquí, lo mismo que anteriormente respecto a la competencia, que el procedimiento a seguir varía de unos supuestos a otros de constitución por sentencia. Veamos con unos ejemplos — unas muestras de esa diversidad, que nos bastarán para cumplir con este tema de nuestra exposición.

En las cuestiones relativas a la resolución de los contratos de arrendamiento urbano, para las que son competentes los Juzgados Municipales y excepcionalmente los de Primera Instancia, (artículo 122 de la Ley de 22 de diciembre de 1955), habrá que seguir en unos casos el procedimiento de la LEC. relativo al desahucio (artículos 1571 a 1582), con las variantes que establece el artículo 147 de la Ley, y en otros el procedimiento regulado por la Ley de Justicia Municipal de 19 de julio de 1944, base 10ª, apartado G), y por el Decreto de 21 de noviembre de 1952 (proceso de cognición, según la denominación legal; procedimiento de inferior cuantía en la terminología de GUASP; procedimiento de pequeña cuantía en la nomenclatura de PRIETO-CASTRO).

En la impugnación de los acuerdos de la Junta General de una Sociedad Anónima, invalidables por oposición a la ley o la lesión de los intereses sociales, rige el procedimiento previsto en el artículo 70 de la Ley de 17 de julio de 1951.

Para pronunciar el divorcio en el matrimonio civil, habrá de seguirse el procedimiento de mayor cuantía, conforme al número 3º del artículo 483 de la LEC.

Para los retratos en general rige el juicio de retrato regulado por la LEC. en los artículos 1618 y siguientes.

Respecto a las cuestiones de incapacitación, no existe un régimen legal preciso que indique el procedimiento que haya de utilizarse en cada caso. La doctrina, por lo que atañe a la incapacitación por prodigalidad, suele interpretar el artículo 221 del Código Civil (según el cual la declaración de prodigalidad debe hacerse en juicio contradictorio) en el sentido de que el procedimiento legal en la cuestión es el ordinario de mayor cuantía (1). Pero en relación con la incapacitación por enfermedad (locura y sordocuidas), no existe la misma unanimidad doctrinal, que pudiera superar la insuficiencia de las normas. Como la cuestión objeto de dudas no se limita en esa hipótesis al problema de la pura exigencia procedimental, sino que se extiende hasta la posibilidad de que la primera actuación judicial para la incapacitación haya de discurrir por el cauce de la jurisdicción voluntaria (con lo que entra en juego la cuestión de si es o no absolutamente necesaria una sentencia para esa incapacitación), dejamos el examen de la expresada cuestión

(1) V. GUASP: Derecho Procesal Civil, pág. 1078.

sobre el procedimiento para el momento en que estudiemos, dentro de la segunda sección de esta parte de nuestro trabajo, los casos más característicos de sentencia constitutiva en nuestro Derecho.

II. CONDICION SUSTANCIAL DE LA SENTENCIA **CONSTITUTIVA**

CONCEPTO Y NATURALEZA DEL DERECHO DE CONSTITUCION PROCESAL.-

Como dijimos anticipadamente, la condición sustancial de la sentencia constitutiva estriba en la concurrencia de una serie de circunstancias que nosotros sintetizamos en la idea de derecho de constitución procesal. Al estudiar en la INTRODUCCION de este trabajo la teoría del tratamiento de las situaciones jurídicas, definimos el concepto de derecho constitutivo, distinguiendo en él -así como en el derecho a una declaración o a una imposición- dos vertientes, una jurídico-material y otra jurídico-procesal, a las que respectivamente designamos, siguiendo a GUASP con las expresiones "acción directa" y "acción procesal". Ahora nos corresponde desarrollar este concepto, situándolo en el lugar exacto que creemos le corresponde dentro del plano formado por las distintas direcciones doctrinales que sobre el particular se han manifestado entre los autores procesalistas.

1. Ya sabemos que la teoría de la acción y la sentencia constitutiva aparece históricamente en estrecha conjunción con la de los derechos del poder jurídico o potestativos. Así queda configurada en Alemania a partir de KELLWIG y en Italia desde CHIOFFI

DA. El primer autor, a quien, como hemos escrito ya, se puede reconocer en justicia la paternidad de la teoría, llega a ella a través de un planteamiento total de las formas que puede asumir el derecho a la producción de un cambio en un estado jurídico - (utilizamos sus mismas expresiones, sin trabar en este momento cuestión sobre la precisión de conceptos), ya consista en la creación o en la extinción de derechos. El legislador, dice HELLWIG, puede dar al titular un derecho privado a la obtención de una declaración de voluntad de otro sujeto, que correlativamente viene obligado a emitirla. En este caso, el incumplimiento de la indicada obligación sólo podría dar lugar a una sentencia de condena (conclusión de la que nosotros discrepamos, por razones que exponemos en su lugar). Pero otras veces le concede el poder de provocar un efecto jurídico con una conducta propia. En esta hipótesis cabe dos posibilidades: que baste para ello esa conducta del titular, o bien que, además de ella, el Derecho Civil incluya una sentencia entre los supuestos de hecho a que liga la producción del cambio jurídico (1). Pero en ambos casos se trata de un puro poder jurídico, cuya fuente se halla en el Derecho material, que no tiene frente a sí una concreta obligación correlativa. El concepto, pues, de los derechos del poder jurídico (Macht des rechtlichen Kündens), que naciera con ZITTELHANN, queda así encajado en la idea de constitución jurídica, fuera o dentro del Proceso.

Cuando el poder de formación o modificación jurídica sólo puede hallar efecto a través del Proceso, aparece en HELLWIG claramente distinguido del derecho de acción orientado a un acto de formación jurídica judicial. Expresamente escribe que "el dere--

(1). Lehrbuch, I, pág. 232.

che de acción a la formación jurídica judicial supone la existencia de un derecho privado a la creación o a la extinción de una "relación jurídica" (1). Aquel derecho no es más que una concreción del derecho público subjetivo a obtener del Estado una sentencia favorable, en que para HELLWIG, seguidor de la doctrina de WACH, consiste la acción procesal. Su existencia depende de la del derecho privado a la modificación jurídica (2).

Como ya hemos apuntado en otras ocasiones, la doctrina de CHIOVENDA está hondamente inspirada en la de HELLWIG. La teoría de los derechos del poder jurídico (designados ahora con la denominación de derechos potestativos) es formulada con mayor rigor y elevada a un más alto rango al servir de sustancia para la construcción del concepto de la acción procesal. Tras afirmar que tales poderes jurídicos tienen naturaleza de derechos-medio, lo cual explica que se agoten con el ejercicio, manifiesta CHIOVENDA su opinión de que la acción es un derecho potestativo, "el derecho-medio por excelencia" (3). Pero no por esto queda desdibujado el concepto de derecho potestativo de constitución procesal. El derecho potestativo no es ya simplemente, como en HELLWIG, el derecho a la creación o extinción de una relación jurídica, sino, más ampliamente, el poder de producir "mediante una manifestación de voluntad, un efecto jurídico" o de hacer cesar "un estado jurídico desventajoso.... frente a una persona o varias, que no están obligadas a ninguna prestación correlativamente, sino solamente -

(1). Lehmann, pág. 193.

(2). Op. cit., pág. 195.

(3). La acción en el sistema de los derechos, en Encargos, cita., tomo I, págs. 29-30.

sujetas, de manera que no pueden sustraerse al efecto jurídico producido" (1). Esta amplitud queda remachada después, cuando escribe que la acción tanto "puede coordinarse a un derecho real y a uno procesal", como "surgir del interés de asegurar otro derecho potestativo" (2). El derecho potestativo a una constitución jurisdiccional tiene, pues, unos límites más reducidos que el derecho potestativo general de acción, y no se confunde con él aun cuando aquél se concrete hacia una constitución jurisdiccional. Expresamente dice que "también en este caso el derecho y la acción son distintos y la sentencia no hace más que actuar derechos preexistentes"(3). La diferencia, no obstante, no aparece clara en sus escritos. ¿Cómo distinguir un poder jurídico privado de someter a otra persona a un determinado efecto jurídico, para cuya producción se requiere una sentencia, del poder jurídico de someterla a la sentencia de la cual dicho efecto derivará, cuando tales poderes son de idéntica naturaleza, es decir, posiciones activas de una relación potestativa que media entre el titular y otro sujeto particular?

Aparte de la crítica que la teoría ohievendiana de la acción merece (por alentar en ella una concepción privatística y no explicar por este la relación entre el titular de la misma y el Estado), la pretendida separación entre derecho constitutivo material y acción constitutiva, sobre la base de ceñir a ambos al concepto de derecho potestativo, es bastante artificial. Pero aun sugiriéndose un concepto diferente de la acción, no es viable ver,

(1) Op. cit., pág. 26.

(2) Pág. 30.

(3) Pág. 31 de la obra citada.

con valor general, al margen de ésta, cuando se refiere a un acto jurisdiccional constitutivo, un derecho constitutivo privado. Duro juicio merece por ello de SATTI la postura de OHIOVENDA: "Es a nuestro entender una contradicción hablar de un derecho potestativo, que se hace valer solamente por el Juez o por medio del Juez.... En verdad, ¿qué cosa es este derecho al cambio jurídico sino el derecho a obtener del Juez el cambio jurídico?" (1).

Diferente de esta dirección doctrinal es la de aquellos que en todos los casos de acción constitutiva siguen afirmando el -- presupuesto de un derecho privado a la modificación jurídica, -- aunque sin asignarlo expresamente a la categoría de los potestativos. Así dice SCHÖNKE que con la demanda constitutiva no se ejerce una pretensión en el sentido del Derecho material, sino un derecho a una modificación jurídica (derecho constitutivo), que pertenece al Derecho privado, y no es por el contrario un derecho público subjetivo dirigido contra el Estado (2). En el mismo sentido se manifiesta ROSENBERG. Después de afirmar que la -- fuerza modificativa de la sentencia de formación [Gestaltungsurteil] no descansa en un poder especial de creación jurídica del Juez, sino en las disposiciones del ordenamiento jurídico, sostiene que "el actor tiene, cuando se dan los supuestos de la norma, un derecho material --especialmente privado-- a la modificación jurídica" (3).

En ninguno de estos autores aparece el derecho constitutivo configurado con rigor técnico. Ambos no parecen expresar otra co-

(1) Prospetto generali alla dottrina della escussione forzata, en la Riv. Dir. Process., 1932, I, pág. 347.

(2) Derecho Procesal Civil, pág. 136.

(3) ibidem, pág. 306.

se que la intuición, bastante vaga, del estado de favor en que se encuentran quienes, por experimentar una determinada lesión en sus intereses, pueden, a tenor de una disposición expresa - que acompaña a las normas materiales reguladoras de una cierta situación jurídica, obtener un acto jurisdiccional constitutivo, a través del cual se les dispensa la tutela jurídica. Estos datos bastan a los citados autores para marcar tal estado de favor con la etiqueta de un derecho subjetivo material al fenómeno de una modificación jurídica, o sea, una atribución del bien que está les puede reportar.

En la misma vaguedad incurre CARNELUTTI, quien, después de referirse a los artículos 149 y 150 del Código Civil italiano, relativos a la separación de cónyuges, en los que se habla de un derecho a pedir la separación y no de un derecho a la separación, afirma, contemplando una causa concreta de separación, que "el cónyuge que ha padecido el abandono tiene este solo y sencillo derecho: vivir lejos del cónyuge culpable, siempre que el Juez reconozca la culpa del mismo" (1). El pensamiento del célebre jurista, un tanto literario en esta ocasión, se traslada a una región aún más alejada del campo de atribución en que el derecho - constitutivo efectivamente consiste. Se fija en los últimos estratos de la voluntad del Estado, que quiere a través de las normas ese bien mediano de la libertad del cónyuge inocente, y se desentiende del bien inmediato que para ese cónyuge supone ver-

(1) *Ofr. Sistema*, I, pág. 170 y 172.

se libre de la obligación de convivencia que la situación jurídica matrimonial le impone.

En suma, la visión de los indicados autores se fija simplemente en el elemento de atribución de un bien que yace en el fondo de todo derecho subjetivo, pero desconoce el elemento de la atribución de una cierta conducta, que es lo que de verdadera estructura al derecho subjetivo.

2. Frente a quienes defienden en todo caso la dualidad derechos constitutivo privado—acción constitutiva, figura la actitud doctrinal de los que niegan lo primero y afirman como única realidad lo segundo. GOLDSCHMIDT en Alemania, tras negar la necesidad de tutela jurisdiccional cuando el interesado puede lograr por sí mismo la constitución jurídica, es decir, cuando posee un especial derecho constitutivo de carácter privado, proclama la inexactitud de la teoría (en la que sitúa, además de HELLWIG, a LANGHEINIKER, y STEIN, entre otros) que pretende que el hecho que da origen a la acción constitutiva es un derecho constitutivo de carácter privado. Considera que ambos términos se excluyen mutuamente, en razón de que el derecho constitutivo privado supone una posibilidad de producir el efecto jurídico por una actividad particular al margen del Proceso (1). "Quien considere como fundamento de hecho de la acción constitutiva un derecho constitutivo de carácter privado no puede ver en esta sentencia otra cosa que un acto de ejecución (HELLWIG) o un segundo acto constitutivo situado junto al primero y que encuentra su base en la demanda (SECKEL)" (2). Por

(1) Derecho Procesal Civil, trad. PRIETO-CASTRO, págs. 110y 111.

(2) Pág. 111.

su parte, señala como único derecho en los casos de constitución jurisdiccional la acción constitutiva, o "derecho a exigir la constitución judicial de una situación jurídica" (1). En Italia, MANDRIOLI viene a decir lo mismo en sustancia, al escribir, frente a la tesis de JHIOVENDA, que "el elemento distintivo de la sentencia constitutiva no podrá ser buscado en el derecho sustancial, objeto de la declaración (~~accertamento~~), puesto que esto significaría reconducir el efecto propio de la sentencia constitutiva a un momento anterior y diverso de la sentencia" (2).

Categorica es la posición de LORETO en la indicada dirección teórica que señala la acción como único derecho existente en los casos de constitución por sentencia. Coincide esta particular acción, de conformidad con la teoría de la Rechtschutzanspruch, - como un derecho público subjetivo contra el Estado para la obtención del acto jurisdiccional constitutivo. Pero transcribamos sus mismas palabras, que nos proporcionan algunos elementos útiles para nuestra propia construcción. Dice el procesalista venezolano que "en estos casos de acciones tendientes a la consecución de la tutela jurídica constitutiva, por parte del Estado, el actor no tiene un derecho subjetivo material distinto de la acción, sino que el poder realizado en el proceso es el mismo contenido en la acción que se ejercita, siendo el Estado el único obligado a satisfacer el interés del derecho de acción y nada más" (3).

(1) *Ibidem*.

(2) L'azione esecutiva, 1955, pág. 373.

(3) La sentencia constitutiva, en Estudios de Derecho Procesal Civil, Caracas, 1956, pág. 171.

El progreso doctrinal que la construcción teórica alcanza da con estos conceptos representa respecto a las ideas de HELLIWIG y CHIOVENDA es notorio. Aunque dicha construcción se ajusta a la misma concepción de aquél sobre la acción como derecho público subjetivo, marca con más intensos trazos su independencia respecto al Derecho material, haciendo resaltar, desde el campo de la constitución jurisdiccional, la autonomía del Proceso y del Derecho Procesal, cuya conquista se inició con el estudio de la certificación jurisdiccional. El mismo LORETO es plenamente consciente de este progreso de que él participa, cuando escribe que la afirmación de que el derecho constitutivo, en los casos en que sólo jurisdiccionalmente puede ser satisfecho, no es más que derecho de acción, "contradice el principio fundamental de la doctrina clásica según el cual la acción judicial nunca es fin a sí misma, sino medio legítimo para la actuación de otro derecho material, de que la acción no es sino su metamorfosis", y viene "a confirmar una vez más el principio afirmado por la nueva Ciencia del Derecho Procesal, de que la acción no es solamente un derecho distinto del derecho subjetivo material que generalmente hace valer, sino que es también un derecho autónomo, con presupuestos y finalidades propias"(1).

La teoría de RASELLI milita en el mismo frente, si bien con una configuración que es a nuestro entender más exacta y más exhaustiva en la comprensión de las varias facetas de posibilidad que ofrece el campo de las sentencias constitutivas. La sentencia constitutiva nos dice este autor- certifica y ag

(1). Op. cit., pág. 173, nota.

tía una concreta voluntad de la Ley que confiere a una parte el derecho de obtener del Juez un cambio de la situación jurídica frente a la otra parte. Este derecho es de acción, y emana de una norma procesal que regula el ejercicio del poder del Juez en una relación entre él y las partes. Unas veces es concedido a consecuencia de la violación de una obligación - por el demandado (como en el caso de incumplimiento de un contrato preliminar); otras veces no supone la obligación de una parte de constituir una situación jurídica sino una facultad en ambos sujetos de realizar la constitución con un acto libre (como sucede en los casos de anulación o rescisión de los contratos, en los que la situación jurídica viciada puede ser eliminada extraprocesalmente por las partes, mediante un convenio ulterior) (1).

Aunque a continuación afirma que el titular del derecho de acción sólo ve protegido su interés a través del Proceso, este concepto ha de ser entendido como regla general, que deja a salvo esos casos excepcionales en que, existiendo un derecho constitutivo privado de carácter personal, puede ser necesaria la tutela jurisdiccional por el incumplimiento de la obligación correlativa (especialmente en el supuesto indicado del precontrato). La especialidad de estos casos, en los que los autores alemanes no ven un derecho constitutivo sino un derecho de prestación (2), que sólo puede dar lugar a una sentencia de condena, no altera el principio normal de que el de

(1) Cfr. el estudio "Sentenze determinative e classificatorie delle sentenze", en los Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti, II, pág. 594.

(2). Que designa comúnmente con el concepto de "derecho a la emisión de una declaración de voluntad"; así HELLWIG, SCHÖNKKE, ROSENBERG, etc.

recho constitutivo, en los casos en que es necesaria sentencia para su efectividad, no es más que derecho de acción. Con lo que queda, en pleno rigor científico, definitivamente derrumbada la doctrina clásica de HELLWIG y OHIOVENDA.

3. Hecha esta reseña -ligera, aunque suficiente para nuestro objeto- de las diversas posiciones doctrinales sobre el derecho subjetivo base de las sentencias constitutivas, queremos hacer nuestra propia aportación para lograr la teoría más satisfactoria y convincente, empleando los elementos que a nuestro juicio son aprovechables en dichas posiciones fundamentales.

Ante todo, hemos de volver la vista a las ideas consignadas en la INTRODUCCION acerca de las varias formas que puede asumir el derecho a la constitución (en sentido amplio) de una situación jurídica. Se recordará decíamos que unas veces el efecto jurídico constitutivo puede ser conseguido mediante una simple conducta - del titular del poder; otras veces, en cambio, requiere para su producción la conducta de una persona distinta de dicho titular. Dentro de esta segunda hipótesis, establecíamos una subdistinción, separando los casos según que esa otra persona hubiera de ser o no un Organó jurisdiccional del Estado. Posteriormente, desde el plano total de las tres posibilidades de tratamiento jurídico de las situaciones jurídicas (constitución, declaración e imposición), - fijábamos, siguiendo a GUASP, los conceptos de acción directa y acción procesal, con los que escindíamos dos campos en el plano de la realización de los derechos correspondientes a esas formas de tratamiento, en razón de la circunstancia de que dicha realización pudiera cumplirse al margen del Proceso y la de que fuese necesaria una actividad de los Organos jurisdiccionales, como tales. En

relación concretamente con la constitución jurídica, dicha distinción se particularizaba en la de acción constitutiva directa y acción constitutiva procesal.

Reafirmamos ahora que existe acción constitutiva directa cuando el efecto constitutivo puede ser logrado con una actividad del propio titular (1) y cuando requiere de otro sujeto una actividad que no tiene naturaleza jurisdiccional. Cuando para ello es preciso un proceso, la acción constitutiva es procesal.

La acción constitutiva directa pertenece, en el primer supuesto, a la clase de los derechos potestativos. Ya sabemos que el derecho potestativo es un poder jurídico cuya sustancia consiste en la atribución de una posibilidad subjetiva de obrar cuyo correlativo es unas veces una posición de sumisión a la eventualidad de perder una o más posiciones jurídicas, o bien a la de adquirirlas. El derecho de revocar un mandato pertenece a la primera hipótesis; el de retraer una finca vendida, a la segunda. Pues bien: en esos casos que decimos de acción directa, el derecho constitutivo es de la primera clase, como resulta del ejemplo puesto sobre el mandato.

En cambio, en el segundo supuesto de esa acción constitutiva directa, es decir, cuando para la constitución se requiere la conducta de persona en quien no recae la calidad de Órgano jurisdiccional, el derecho constitutivo material puede tener uno o dos momentos, cada uno de diferente naturaleza. Cuando tiene uno sólo, su naturaleza es la de los derechos personales e de —

(1). Hipótesis sobre la que HELLWIG y CHIOVENDA, fundamente, proporcionan abundantes ejemplos en el —v. 232, 233, 237— y en el ensayo sobre —v. págs. 30-31—, respecti

crédito. Cuando tiene dos momentos, en el primero es derecho potestativo de la segunda clase indicada (o sea, su correlativo es una obligación potencial); en el segundo momento, es un derecho de crédito. El derecho constitutivo material nacido de un precepto corresponde a la primera hipótesis: es desde su nacimiento un derecho de crédito que tiene como correlativo actual la obligación de prestar la actividad necesaria para la constitución de la situación contractual definitiva. Diversamente, en el caso del derecho a una servidumbre de paso forzoso, lo primero que el titular tiene es la potestad de pedir su establecimiento al propietario del fundo en que recae las condiciones legales para ser sirviente. Al ser ejercitada la potestad, se transforma en crédito y se actualiza la obligación del mencionado propietario.

De lo expuesto se deduce que de una acción constitutiva directa del primer tipo no puede nunca derivar un derecho de constitución procesal, toda vez que para su realización basta con una actividad particular del titular. Si alguien acudiera a un Órgano jurisdiccional pretendiendo la revocación de una donación por supervivencia o supervivencia de hijos (artículo 644 del Código Civil), su pretensión sería inadmitida por falta de legitimación, es decir, por imposibilidad de que, aun siendo ciertos los hechos que alega como título, tenga un derecho de acción procesal concreta.

Por el contrario, la tutela es necesaria y está otorgada en caso de acción constitutiva directa del segundo tipo, cuando queda frustrado el derecho de crédito por el incumplimiento del sujeto obligado. Sucedido esto, se da una situación de oposición jurídica de la que resulta para el titular de aquel derecho una acción constitutiva procesal superpuesta a tal derecho constitu-

tivo material, que se mantiene en existencia. Este supuesto es, como se ve, el único en que tiene relativo valor la teoría de los autores clásicos, según la cual la acción constitutiva presupone un derecho constitutivo privado; y decimos valor relativo, porque aun siendo cierta esa duplicidad, el derecho constitutivo no es potestativo, como pretenden esos autores, sino de crédito, tal como hemos visto.

Pero estos casos de duplicidad son los menos frecuentes. Lo más corriente es que las normas, al tutelar el interés por un fenómeno de constitución jurídica, para el que no basta la conducta del interesado, condenan directa y estrictamente un derecho de acción procesal concreta. En estos casos cabiendo posibilidades, de acuerdo con la distinción que hacíamos al desarrollar el concepto de la sentencia constitutiva: que los sujetos que podrían ser partes legítimas en el proceso constitutivo puedan libremente, mediante el ejercicio de su capacidad negocial, excluir la necesidad de la sentencia (a la que llamábamos aquí constitutiva alternativa), o que el único camino para lograr la constitución sea precisamente la sentencia (caso en el que designábamos a ésta con el calificativo de necesaria, siguiendo a Calamandrei).

En cualquiera de los casos, esta acción procesal, de contenido bien determinado, es una forma particular de la que llamábamos, al estudiar la legitimación, potestad concreta de acción. - Consiste, de acuerdo con lo allí expuesto, en la atribución, por las normas, de una posibilidad de obrar (de pedir la constitución a un Órgano jurisdiccional), que tiene como correlativo, de una parte, la obligación potencial e indeterminada que de ejercer su función tiene el Juez que sería competente para el acto constitutivo, y, de otra parte, y a través de este elemento, una sumisión

potencial (lo que CHIOVENDA llama sumisión sin más) de la otra persona legitimada para el proceso. Al ser ejercitada esta potestad, se transforma en un derecho de crédito, frente al cual figura la obligación en el Juez de conceder lo que el pretendiente pide (La sumisión del sujeto pasivamente legitimado se intensifica con la incoación del proceso). Pero esta obligación solo adquiere plenitud cuando el titular del derecho ha cumplido las actividades necesarias para producir la convicción del Juez sobre la existencia del mismo (carga de la alegación y de la prueba).

Ahora bien: ¿qué calificación secundaria debemos dar a esta acción concreta? La respuesta ha de ser en nuestra opinión distinta, según se la contemple en su momento de potestad o en su momento de crédito.

Mientras se mantiene en estado de potestad, es un derecho concedido por una norma intermedia entre el Derecho material y el procesal. La norma de Derecho material regula directamente las situaciones jurídicas normales de la vida social; cuando surge una oposición jurídica de la que resulta lesionado un interés protegido por aquella, una norma intermedia concede la potestad de acción y señala la conducta que el Juez habrá de realizar para la tutela del interés lesionado. Dicha potestad puede ser, según los casos, la posibilidad subjetiva de pedir de un Órgano jurisdiccional una actividad impositiva de condena, certificación, constitución o ejecución. La mayoría de las veces, es una superestructura configurada sobre un derecho subjetivo privado, que se conserva subyacente, teniendo de común con

éste el bien de la vida que una y otro persiguen hacer efectivo al sujeto. Así sucede en todos los casos de acción de condena y en los de acción constitutiva que presuponen un derecho de crédito a la conducta constitutiva de otro sujeto particular. Pero otras veces aparece de forma independiente y originaria, atribuyendo un bien distinto del que tutela la norma relativa a la situación jurídica material que constituye el objeto mediate del proceso. Esto ocurre en todos los casos de acción declarativa; el bien que la acción procura es la certeza jurisdiccional de la situación o estado jurídico material de que se trate; un bien, como se ve, también superpuesto al que esa situación o estado supone para el titular de la acción, y cuya efectividad recae sobre la de este segundo bien. Pero también sucede lo que hemos dicho, en la mayoría de los supuestos de acción constitutiva. Piénsese en la acción de incapacitación, en la de divorcio o en las acciones impugnatorias, y se constatará la exactitud de nuestro aserto.

En todo caso, la potestad concreta de acción surge, como hemos afirmado, de una norma intermedia entre el Derecho material y el procesal. Esta norma está generalmente implícita tras cada una de las de Derecho material; pero otras veces aparece explícita junto a éstas. Así ocurre en todos los casos de acción declarativa -al menos en nuestro Derecho positivo, donde no está establecida la acción declarativa con carácter general- y en la mayor parte de los de acción constitutiva. Nos remitimos, a propósito de estos últimos, a los tres mismos ejemplos que hemos puesto en el párrafo anterior, sobre los que pueden consultarse las correspondientes disposiciones de nuestro Código Civil, que hablan expresamente de acción.

La acción constitutiva es, por tanto, antes del proceso, una potestad otorgada por una norma (de distinto contenido en cada caso, claro es) de Derecho intermedio. De la cualificación de esta norma resultará, por consiguiente, la de dicha potestad. Nosotros nos sentimos deudores, en nuestras ideas, de la concepción de Goldschmidt sobre el Derecho judicial material (1) y aplicamos esta misma denominación a nuestra potestad concreta de acción. El apelo material de esa expresión queda a nuestro juicio justificado por la indicada inmediatez de las normas intermedias respecto a las de Derecho sustantivo, propiamente dichas. Por tanto, la acción constitutiva, en ese momento de potestad, es un derecho judicial material.

Cuando la potestad ha sido ejercitada, el derecho que la sustituye tiene carácter procesal, lo mismo que la correlativa obligación del Juez. De este modo nace verdaderamente el derecho a una sentencia favorable de que habla la teoría alemana de la Rechtschutzanspruch. Es, efectivamente, un derecho procesal, pero que como tal (aparecido con el primer acto procesal, es decir, con la pretensión), no explica jurídicamente el comienzo del proceso, sino, bastante más limitadamente, su terminación con la satisfacción positiva de la pretensión. Pero además de esto nos sentimos en discrepancia con esa concepción alemana en punto a la identidad del sujeto pasivo de la relación jurídica a que pertenece el derecho procesal de acción. A nuestro entender, no es un derecho frente al Estado (la idea de derechos frente al Estado nos parece, en general, desdichada), sino frente al Juez como persona.

(1). Que hemos conocido a través de su obra "Derecho Procesal Civil", en las páginas 2 y 96.

Este es el realmente obligado a actuar como Órgano del Estado en sentido favorable al pretendiente, es decir, produciendo funcionalmente un acto de voluntad estatal (concreto), que la voluntad abstracta del Estado tiene a través de las normas genéricamente previsto.

Encontramos en el mismo CHIOVENDA base para esta construcción, pese a la diferente teoría que de la acción procesal el prestigioso autor sustenta. Al tratar del contenido de la relación jurídica procesal, dice, tras afirmar que "es prácticamente inútil discutir si el Juez está obligado también respecto de las partes, y si lo está como persona o como Órgano del Estado" (palabras con las que no podemos estar de acuerdo), que "ciertamente, las partes tienen frente al Juez, como persona, el poder jurídico de ponerle (con sus demandas) en la necesidad jurídica de proveer..." (1).

Pero aún más favorable a nuestra posición creemos es invocar las ideas de Alessandro RASELLI, ya citado en diversas ocasiones. Habiendo expresado en la página 578 de los Scritti en honor de CARBONIUTTI que el titular de un interés protegido tiene, cuando interpone la demanda, el derecho (acción) de obtener del Juez las providencias que aseguren la tutela de dicho interés, y que a tal derecho corresponde un deber del Juez (2), escribe en la página 594, desde el punto de vista de las sentencias constitutivas, que la acción es un derecho emanado de una norma procesal, que regula el ejercicio del poder del Juez en una relación entre él y las partes.

(1). "Principios, I, pág. 110.

(2). Véase nota en la página indicada.

El presupuesto inmediato de este derecho de acción constitutiva es el conocimiento de una cierta situación de oposición jurídica, en virtud de la cual el Estado concede la tutela jurisdiccional, como hemos venido diciendo en distintos lugares. Al hablar del objeto del Proceso definimos la oposición jurídica como la desarmonía entre una voluntad normativa y un hecho en el que de alguna manera está comprometido el sujeto frente a quien se dirige o puede dirigirse la pretensión. Nos remitimos a lo expuesto allí sobre los conceptos de hecho y voluntad normativa, limitando se ahora a llamar la atención sobre la variedad de formas con que uno y otro elemento aparecen en los distintos supuestos pertenecientes al campo de la constitución procesal.

Unas veces, en efecto, la oposición jurídica se da entre una norma prescriptiva y atributiva y una conducta subjetiva. Así en el caso de incumplimiento de la obligación de constituir la servidumbre de paso o en el de infidelidad de un cónyuge, que hace nacer para el otro el derecho a pedir el divorcio. Otras veces, los dos términos de la desarmonía son una conducta subjetiva y una voluntad estatal que no manda ni atribuye nada, sino que sólo señala las condiciones necesarias para que se actualicen ciertas prescripciones y atribuciones, al establecer los requisitos para la plena eficacia constitutiva de un acto privado, y proteger así sólo de una manera mediata intereses subjetivos. Así, en todos los casos de impugnación de los contratos. Por último, hay casos en que la oposición se produce entre una conducta subjetiva y una norma que, aun tendiendo a la tutela de intereses, no lo hace directamente mediante prescripciones o atribuciones, sino alentando con existencia implícita tras la norma expresa que establece genéricamente la acción constitutiva. Tal es el substrato jurídico de

las acciones de incapacidad.

Bástanos por ahora con estas ideas generales, toda vez que al estudiar las más importantes manifestaciones de la sentencia constitutiva determinaremos específicamente las circunstancias o acontecimientos de los que deriva en cada caso el derecho constitutivo.

CAPITULO TERCERO

CONTENIDO DE LA SENTENCIA CONSTITUTIVA

INDICACION INICIAL.— Siguiendo las enseñanzas de GUASP, vemos en todas las sentencias la conjunción de dos elementos: "una operación mental o juicio lógico del Juez o Tribunal, y un acto de voluntad procedente también del mismo" (1). El primero es en esencia "la expresión de la convicción formada en el Juez por la comparación mental entre la pretensión de la parte y la norma jurídica o Derecho objetivo" (2). El segundo es igualmente la expresión externa de un contenido interno: una declaración de voluntad (3); pero a la vez, y más significativamente, un acto volitivo que adquiere sustancia en esa conducta exterior expresiva; lo que en la PARTE PRELIMINAR llamábamos un acto exterior de voluntad de naturaleza declarativa.

Este acto externo de voluntad es el elemento esencial de la sentencia, lo que le da verdadera sustantividad. Su naturaleza es la de un acto estatal producido a través de la conducta decisoria del Juez. Como dice el mismo autor citado, "El Estado no quiere nada, en el orden jurisdiccional, si no es por medio del querer del Juez, que, por ende, ha de considerarse como ve-

(1) Derecho Procesal Civil, pág. 330.

(2) Ibidem.

(3) Ofr. autor y obra cita, pág. 331.

luntad del Estado" (1).

Particularizando estos conceptos en la sentencia constitutiva, hemos de ver en ésta, por tanto, un juicio lógico y un acto de voluntad. Por el primero se expresa la convicción judicial sobre la efectiva existencia del derecho constitutivo; o si se quiere, sobre la adecuación entre las circunstancias de hecho alegadas por el pretendiente (y comprobadas en el proceso) y el supuesto genérico de la norma jurídica intermedia que otorga la prestación concreta de acción constitutiva invocada -explícita o implícitamente- en la demanda; lo cual significa asimismo declarar la convicción sobre la realidad de la concreta oposición jurídica afirmada ("pretendida") con la pretensión. Preferimos sintetizar todos estos aspectos en el concepto de derecho constitutivo, a que hemos aludido primeramente.

La declaración de este derecho, que en el primer elemento de la sentencia tiene el indicado carácter expresivo de la convicción judicial, adquiere carácter de certificación impositiva, de una manera normalmente implícita, en el acto de voluntad de la sentencia.

Pero este acto volitivo no se limita a esa certificación, sino que su forma externa es la de una especial decisión por la que se realiza el efecto constitutivo solicitado con la pretensión. Este acto volitivo estatal tiene valor independiente, aun que está en lógica conexión con los actos genéricos de voluntad de las normas en que se apoya. Justamente escribe GUASP, con criterio general, que "la sentencia opera sobre una realidad ab

(1). Op. cit., pág. 351.

solamente distinta en su esencia a la de la Ley; sobre la pretensión de una parte; y esta específica realidad es la que explica el acto que ahora se analiza" (1)

La sentencia constitutiva es, pues, esencialmente, un acto concreto de voluntad estatal en el que se sustantiviza una de las formas particulares de la función jurisdiccional declarativa. Reiteramos así la doctrina que hemos definido al estudiar la constitución como forma de la declaración jurisdiccional y al desarrollar el concepto de la sentencia constitutiva.

Podemos afirmar que esta doctrina es la actualmente dominante en el panorama de la Ciencia procesal; pero no hay, ni ha habido desde que nació la teoría de la acción y la sentencia constitutiva, unánime conformidad de los juristas procesales con ella. Por esto, nosotros vamos a exponer a continuación las varias concepciones que sobre el particular se han enunciado, para contrastar críticamente la nuestra con las que de ella difieren y conectarla constructivamente con las que la han inspirado y la apoyan.

EXPOSICION Y CRITICA DE LAS DIVERSAS POSTURAS TEORICAS.-

Podemos clasificar las diversas posturas teóricas en tres apartados: negativas, monistas y dualistas.

Postura negativa.- Su más notable representante es el italiano ALFREDO ROCCO, a cuyas ideas hemos aludido ya con anterioridad. En lógica relación con su concepción de la sentencia, a la que considera fundamentalmente como juicio lógico (2), niega que la llamada —

(1) Op. cit., pág. 552.

(2) En la sentencia —dice— "tenemos precisamente el caso de efectos jurídicos ligados por la Ley no a un producto de la actividad volitiva, sino a un producto de la actividad intelectual de un órgano del Estado". V. La Sentencia Civil, pág. 56.

sentencia constitutiva contenga realmente un acto productor de innovaciones jurídicas. Por tanto, niega también que en ella se certifique impositivamente la existencia de un derecho procesal constitutivo. La sentencia constitutiva no hace para él más que acreditar "la existencia y el ejercicio de un derecho a un determinado efecto jurídico", de lo que a su parecer resulta evidente "que el efecto jurídico que se verifica deriva del ejercicio de aquel derecho ejercitado judicialmente y no de la declaración" (1). Pero ese derecho que la sentencia declara no es un derecho al cambio jurídico, ni siquiera en el sentido jurídico-material que OHIOVIENDA le da en todos los casos de acción constitutiva. Ese pretendido derecho a un cambio jurídico no es, según ROOJO "más que una simple facultad comprendida en el derecho o en los derechos en que este efecto jurídico se resuelve respecto a aquél que tendría interés en su producción. El ejercicio -continúa- del llamado derecho potestativo es ya ejercicio de ese derecho o derechos que preexisten, si bien latentes, a un fallo del magistrado que declara su existencia. No es, — pues, a la sentencia a lo que en estos casos se refiere el nacimiento de la relación o del conjunto de relaciones jurídicas; éstas — preexistían ya, si bien latentes, y la sentencia, aún en este caso, no llena más función que la simplemente declarativa" (2). "La circunstancia —dice después- de que un derecho deba ser demostrado previamente por el Juez para ser ejercitado, no implica que el derecho surja solamente con la emanación de la sentencia" (3).

(1) Op. cit., pág. 215.
(2) Op. cit., pág. 213.
(3) Pág. 214.

La sugerencias contenidas en toda nuestra exposición precedente son ya de por sí una crítica suficiente de estas confusas y demasiado elementales ideas. Añadamos solamente aquí que, aparte de la rudimentaria visión de la sentencia que el autor tiene, respecto a la que hoy reina en la ciencia procesal, la interpretación de la sentencia constitutiva peca de precipitada y superficial, poniendo de manifiesto una falta de reposada meditación sobre la amplia gama de manifestaciones con que dicho tipo de resoluciones judiciales cuenta. Además, la idea de derecho subjetivo latente, para cuyo ejercicio es precisa una decisión judicial, es totalmente inoperante. ¿Qué sentido tiene un derecho fuera del proceso, si la proyección de un interés que dispensa sólo tiene eficacia merced a éste? Esto sin contar con que en la sentencia constitutiva no se trata siempre de crear derechos, sino más frecuentemente aún de extinguirlos. Por último, observamos en las ideas del por otros méritos reputado jurista una excesiva supervaloración de la voluntad privada en la realización del orden jurídico, que reserva a la sentencia un papel notárismente secundario. La ordenación jurídica de la Sociedad es la misión del Estado y sus Organos; misión a la que hay que reconocer valor preponderante sobre las actividades y los intereses de los ciudadanos considerados en concreto. Bien es verdad que la sentencia tiende a proteger intereses privados; pero no por ello puede quedar reducida a la categoría de un mero instrumento de la voluntad onnipotente de los particulares; antes bien, ha de ser defendida como un acto en el que se materializa una función ordenadora del Estado, de rango supremo e independiente, como la legislación y la administración.

Posturas monistas.- Se caracterizan por estimar que el efecto constitutivo surge efectivamente con motivo de la sentencia, pero viendo en ésta un simple contenido declarativo de una realidad preexistente, y negándole, por tanto, fuerza formalizadora independiente. O sea, no ven en ella una fuente autónoma de causalidad constitutiva, sino sólo un hecho ocasional respecto al repetido efecto de formalización jurídica. Dentro de esta línea común existen dos variantes. La primera está formada por la teoría que estima como objeto del contenido declarativo (certificativo) de la sentencia la voluntad de la ley que concede el derecho constitutivo; la segunda variante está definida por quienes ponen como tal objeto de la certificación las circunstancias o presupuestos a los que las normas ligan el efecto constitutivo. Pero por encima de esta discrepancia, ambas posiciones relativas están consolidadas en la común idea de que el efecto constitutivo se produce - por la fuerza de las normas materiales, en virtud del pronunciamiento de la sentencia, que para ellos merece la reputación de mero hecho jurídico material.

1. OHIOVENDA es el más genuino representante de la primera de las dos indicadas variantes doctrinales. La actividad del Juez en la sentencia constitutiva es para el prestigioso procesalista claramente jurisdiccional; pero ello es así porque su contenido - se reduce a formular una voluntad de ley, que se ha transformado de abstracta en concreta al producirse en la realidad un hecho que coincide con el supuesto abstracto de la misma. Como dicha voluntad abstracta es la que concede, desde ese plano general, el derecho potestativo material relativo a la efectucción del cambio jurídico, en la indicada certificación de la voluntad concreta de

ley va implícita la del derecho constitutivo material. La declaración del Juez es el hecho jurídico causa del efecto constitutivo a que el derecho potestativo se refiere, por virtud de la Ley. "Y no es que el cambio sea producido por la voluntad del Juez; la voluntad del Juez también en este caso sólo mira a formular la voluntad de ^{la} ley, aunque su conciencia tenga también presentes los efectos que esto ha de producir y su voluntad sea dirigida objetivamente a producirlos; y si algunas veces dice resuelve, rescindio, anulo, revoco y otros términos semejantes, sólo son la formulación de la voluntad de la Ley" (1).

Sobre estas ideas, escribe RASSELLI que servirían sólo para explicar algunos casos de sentencia constitutiva, tales como los de anulación y rescisión, en los que se podría sostener que el particular tiene derecho de hacer ineficaz el contrato con su declaración de voluntad, salvo que el ejercicio de este derecho y la consiguiente ineficacia han de ser constatados por el Juez; o bien que la modificación es ligada por la Ley al ejercicio del derecho del particular y a su certificación por el Juez. Pero no explica otros casos, tales como el del precontrato o el de la incapacidad. A propósito del primero, opina el autor cuyas ideas citamos que no existe un derecho del sujeto a sustituir el contrato con una propia declaración de voluntad. Los efectos del contrato no concluido son producto de la sentencia. Igualmente, en relación con el supuesto de la incapacidad (o interdicción, como él dice) estima que es difícil sostener que aquellos que pueden promoverla tengan el derecho de producir el estado dicho con una propia declaración de voluntad.

(1)Ofr. Principios, I, pág. 213.

tal, aunque sea constatada por el Juez (1).

A nuestro parecer, la crítica de la doctrina chiovendiana ha de ser igualmente rigurosa en relación con todos los casos de sentencia constitutiva. No encontramos claro sentido en el concepto de un derecho material a producir la ineficacia de una situación jurídica, que requiere la declaración de una sentencia para alcanzar su efecto. Desde el momento en que una sentencia es necesaria, es evidente que el efecto extintivo ha de ser directamente vinculado al acto de voluntad que ella comporta. Preferimos por ello adherirnos al juicio más categórico que el propio RASELLI emite en lugar posterior de sus consideraciones críticas, cuando a propósito de las normas italianas que autorizan a "pedir la anulación o la rescisión" (2), observa que, según el uso común del lenguaje, se pide lo que otro puede hacer o conceder, no lo que se puede producir con la propia declaración de voluntad, aunque sea constatada por otro (3).

Junto a estas razones, nosotros estimamos inadecuada la doctrina de CHIOVENDA, al menos, por este fundamentado argumento (aparte de la insostenibilidad del dato sobre el derecho constitutivo privado univalente, que hemos criticado en lugar anterior): la sumisión de la institución procesal a las normas del Derecho material, que a través de sus términos se insinúa todavía, pese al progreso que la total construcción chiovendiana representa en el camino hacia la afirmación de la plena autonomía del Proceso y el Derecho procesal respecto a la vida -

(1). Cfr. La sentenza determinativa e la classificazione generale delle sentenze, en Sorlini cit., pág. 392.

(2). Idea que cabe ver implícita en la de "ejercicio de la acción" que utiliza nuestro Código Civil. V. arts. 1294 y 1302.

(3). V. lug. cit., pág. 393.

jurídica privada y el Derecho material. Las orientaciones actuales de la Ciencia procesal, que, inspiradas por el creciente predominio del criterio público sobre el privado en la realidad jurídica, dan cada día mayor solidez a la construcción de esa autonomía, tienen en el campo de la constitución jurídica un fuerte basamento sobre el que sostenerla. El hecho de que en los más importantes supuestos de acción constitutiva las normas jurídicas intermedias se manifiesten expresas, concediéndola desde la nada, por decirlo así, es decir, no superponiéndola a un previo derecho subjetivo material tendente a hacer efectivo un interés idéntico, al que la acción tutela, equivalente al de ésta o sustituido por él -hecho sobre el que ya hemos llamado la atención-, da fuerza patente a nuestra afirmación.

2. Los fundamentos de la segunda variante dentro de las teorías monistas sobre el contenido de la sentencia constitutiva y la naturaleza de éste, son expuestos por ZANBUCCI en su Diritto Processuale Civile. Dice este autor que la construcción de las acciones y de las sentencias constitutivas sobre la base de los derechos potestativos no puede dejar de considerarse estrictamente ligada a una concepción meramente privatística de la acción en general, como la de OHIOVENDA. De aquí que se haya intentado desvincular las acciones constitutivas de los derechos potestativos, negando éstos sin mengua de la aceptación de aquéllas. Para llegar a tal resultado, se ha mantenido firme que también la sentencia constitutiva, como la de mera declaración, tiende a una certificación: la de los presupuestos de una norma jurídica, pero con la diferencia de que en las constitutivas tal certificación tiene por efecto producir la mutación jurídica. En conclusión, las sentencias

constitutivas tienen, como las de mera declaración, los caracteres de los hechos jurídicos procesales; pero a diferencia de éstas son además hechos jurídicos productores de cambios jurídicos (1).

ZANZUOGHI se adhiere a esta interpretación, por estimarla más sólida y además concorde con la doctrina sobre la naturaleza de la sentencia. La admisión de la sentencia constitutiva -dice- no contradice el principio de que las sentencias son meramente declaradoras, no creadoras de derechos. El cambio jurídico no nace de la voluntad del Juez sino de la voluntad de la Ley. Aquí, como siempre, el Juez no hace otra cosa que formular y concretar la abstracta voluntad de la Ley. No obstante esa común naturaleza declarativa, las sentencias constitutivas se distinguen de todas las demás en cuanto que presuponen y certifican las condiciones para que la modificación jurídica pueda efectuarse (2).

Esta doctrina coincide con la de GARNIKLUTZ. El mismo autor sitúa al proceso constitutivo en una posición intermedia respecto a la dicotomía proceso declarativo - proceso dispositivo (a la --cual aludiremos al estudiar la constitución procesal accidental). Por un lado -dice- el Juez no hace en este proceso más que declarar la existencia de los presupuestos previstos por la Ley, de la que deriva, y no de la voluntad del Juez, la modificación de la relación. Por otra parte, cuando el proceso es declarativo, "la actividad del Juez no agraga nada a lo que ya existe por efecto de la norma, mientras que aquí dicha actividad constituye un presupuesto ulterior para que el efecto previsto por la norma se pro-

(1) Op. cit., pág. 139.

(2) Op. cit., pág. 140.

~~que~~". Para demostrar la exactitud de este segundo aspecto, com- para los supuestos de la condición resolutoria expresa y de la con- dición resolutoria tácita. En ambos casos -presigue CARNELUTTI- el Juez hace sustancialmente lo mismo: certificar el hecho incumpli- miento por parte de uno de los contratantes; "pero lo que el Juez realiza en el segundo de los supuestos y no en el primero, inter- viene como condición de la producción del efecto, es decir, de la resolución". Cuando media cláusula resolutoria expresa, la resolu- ción tiene lugar por la simple producción del incumplimiento, sin necesidad de la intervención del Juez, que se limita a reconocerla o declararla; por el contrario, cuando se trata de cláusula resolu- toria tácita, debe de mandarse judicialmente; es decir: no se pro- duce hasta que el Juez declare su incumplimiento. "En tal caso, por consiguiente, la declaración es no sólo un fenómeno procesal, sino además un hecho jurídico material, y la sentencia tiene no sólo efi- cacia declarativa sino además eficacia constitutiva".(1)

ROSENBERG se manifiesta sustancialmente en el mismo sentido. En la página 386 de su Lehrbuch manifiesta que la actividad del -- Juez en la sentencia constitutiva es igual que en las demás senten- cias subsecuente del contrato supuesto de hecho, preexistente, ba- jo la norma jurídica abstracta. Esta actividad es normalmente por sí sola "el hecho al que la Ley vincula la modificación jurídica". Consiguientemente, estima que la fuerza modificadora de la senten- cia "no descansa en un especial poder de creación del Juez, sino en las disposiciones del ordenamiento jurídico".

(1) Sistema, I, págs. 170 y 171.

No han faltado las críticas de otros autores contra la teoría que acabamos de exponer. SATTI (1), refiriéndose a los mismos conceptos de CARNELUTTI (2), estima, a propósito del ejemplo que este autor pone, que no se pueden equiparar la resolución - que tiene lugar por el mero incumplimiento y la que requiere una sentencia para producirse. Aunque ambos efectos son aparentemente iguales, los separa una fundamental diferencia: la especial eficacia innovadora de la sentencia, desde el momento en que pone en existencia un medio de tutela jurídica. Ver en la sentencia -dice- un presupuesto material de la resolución y no el medio por el cual este efecto se realiza, es invertir la posición de las cosas. Lo mismo opina respecto a los demás casos de efecto constitutivo por sentencia.

Para RASELLI, las dificultades que presenta la teoría de CHIO VENDA no pueden ser eludidas con la idea carneluttiana de que en la sentencia constitutiva se certifican las circunstancias que producen el cambio jurídico. Esta fórmula -dice- no se adapta al caso del contrato preliminar, en el cual la sola certificación - por el Juez de la obligación de concluir el contrato no produce éste, sino que es preciso el cumplimiento por el Juez del contenido de tal obligación. Además, con el expresado criterio no se diferencian las sentencias constitutivas de ciertas declarativas que producen determinados efectos; por ejemplo, la sentencia que certifica la legitimidad del hijo o la que declara la nulidad del matrimonio (3).

(1). En Prospettive generali alla dottrina dell'esecuzione forzata, Riv. Dir. Process., 1932, pág. 345.

(2). Al que no cita, si bien es de suponer que piensa en sus ideas, expuestas en trabajos anteriores al Sistema, que nosotros hemos citado.

(3). Cfr. La sentenza determinativa, etc., en la publicación citada, pág. 393.

Citemos por último las ideas de MANDRIOLI al comentar las doctrinas de OHIOVENDA y GARNELUTTI. Afirma categóricamente la radical diferencia existente entre decir que la modificación se verifica por obra de la sentencia y decir, por el contrario, que la modificación misma sea efecto automático de la certificación. Se adscribe al primer criterio, declarando que la sentencia constitutiva, como la de condena, supone algo más que una certificación de presupuestos; pero mientras la actividad condenatoria no cierra por sí la tutela del derecho declarado, "en la sentencia constitutiva la realización de la modificación se verifica por obra de la misma sentencia" (1).

Poco tenemos nosotros que agregar a las ideas críticas de los autores últimamente citados. Por lo que se refiere a la consideración de la sentencia como un puro hecho material que forma parte del supuesto a que la norma jurídica sustantiva liga el efecto constitutivo, ténganse por repetidas las mismas observaciones hechas al comentar la teoría de OHIOVENDA. La defensa de la autonomía de la función procesal exige negar que sea la Ley material quien directamente produce el efecto constitutivo.

Aparte de esto, y en relación con la noción de la sentencia como acto puramente declarativo, nos remitimos a la crítica efectuada al desarrollar el concepto de la sentencia constitutiva; no se trata sólo de una mera constatación de realidades existentes, sino también de producción de actos volitivos independientes, materializados, por decirlo así, en una actividad expresiva que t

(1). La sentencia constitutiva, cit. págs. 572-573.

na el lenguaje como medio.

Posturas dualistas. - De conformidad con lo apuntado al principio, podemos asegurar el predominio en la doctrina procesal de la explicación de la sentencia constitutiva como un modo integrado por dos elementos: la certificación de una realidad jurídica preexistente y la producción del efecto constitutivo. Pero aun siendo común este concepto esencial, los términos de su formulación aparecen configurados de diversas formas en los autores. Intentemos hacer una reseña de las opiniones de varios de ellos, corroborando las que en favor de la expresada dualidad hemos venido entreviendo en algunas citas de la exposición precedente.

Esa dualidad se insinúa ya en HELLWIG, si bien es cierto - que las ideas de este autor sobre el contenido de la sentencia constitutiva adolecen de cierta inseguridad. En un primer momento (1) expresa la necesidad de distinguir la certificación (Feststellung) de la existencia del derecho del demandante a la modificación jurídica en el tiempo de los últimos debates, de la producción de la modificación jurídica, que tiene lugar con la cosa juzgada formal. Posteriormente escribe que lo peculiar de la sentencia constitutiva es el pronunciamiento de efectos jurídicos materiales, que se producen directamente, a causa del Poder del Estado (2). Pero en otro lugar (3) parece considerar la sentencia como uno de los supuestos de hecho exigidos por el Derecho Civil para la producción del efecto jurídico. No obstante, al hablar -

(1). Pág. 48 del tomo I de su Lehrbuch.

(2). Pág. 49.

(3). Pág. 232.

de los presupuestos de la existencia del derecho de acción para la actuación del derecho potestativo material, (1), afirma que el contenido principal de las sentencias constitutivas consiste "en un acto de ejecución que se realiza directamente, en virtud del Poder del Estado". Parece predominar, por tanto, en el maestro alemán la visión del contenido de la sentencia constitutiva como un compuesto de que forman parte la certificación del derecho constitutivo - privado (potestativo) y la realización directa del efecto constitutivo.

Es KISCH quien primero expone con neta claridad la concurrencia de los indicados aspectos en la sentencia constitutiva. Según el profesor alemán, este tipo de decisión declarativa constata, de una parte, "en cuanto realiza la modificación jurídica perseguida, la existencia de los presupuestos de que el legislador hace depender esa modificación"; de otra parte, la sentencia "fija vinculativamente un cierto estado jurídico para el futuro" (2).

A CALAMANDREI debemos también una abierta formulación del contenido de la sentencia constitutiva como una superposición de dos momentos lógicos, uno de certificación y otro de realización. Su teoría representa un paso importante hacia la construcción de la figura procesal que estudiamos, aun cuando el valor que atribuye a cada uno de los dos componentes expresados no se acomode a los conceptos que han de definir esa construcción de la manera más perfecta. En su estudio Límites entre jurisdicción y administración (3) acepta la primera parte de la teoría de OHIOVERDA, que -

(1). Pág. 394.

(2). Rechtswesen und Urteilslehre, pág. 74.

(3). En Apuntes sobre el Proceso civil, tradue. de SENTIS MELENDO, Vol. I, 1943.

hace referencia a la función declaradora de la sentencia respecto al derecho potestativo material que tiene por objeto la realización del efecto constitutivo, pero se manifiesta disconforme con la idea de que sobre la base de esta certificación es la Ley el agente determinador del cambio jurídico. Considera que en esta sentencia el Juez "ante todo, declara la existencia de una concreta voluntad de la Ley, la cual garantiza a una parte el derecho a obtener por obra del Juez un determinado cambio jurídico"; pero a continuación hace observar que esta actividad no alcanza a "declarar como ya ocurrido el cambio, sino que se limita a declarar como existente el derecho a obtener el cambio. A fin de que el cambio ocurra -prosigue- es necesaria una actividad ulterior del Juez..." (1). A continuación reafirma su postura, negando, contra OHIOVENDA, que el cambio jurídico sea "un efecto inmediato de la declaración de certeza de una voluntad de ley preexistente, y que, por consiguiente, declaración de certeza y cambio son un acto único de naturaleza jurisdiccional" (2). Por el contrario -dice después- "si el cambio es siempre una consecuencia de la sentencia, quiere decir que esta sentencia, además de una declaración de certeza.... contiene un "plus" especial un suplemento de actividad, el cual es precisamente la causa inmediata y directa del cambio" (3).

Aunque sin precisión de conceptos, MAZEAUD sostiene también la duplicidad de aspectos en la sentencia constitutiva. A propósito de la sentencia de divorcio, se opone al parecer de quienes -

(1). Pág. 35.
(2). Pág. 36.
(3). Pág. 36.

afirman que no hace más que reconocer un derecho preexistente, sin crear ni constituir nada. ¿Cómo sostener —se pregunta— que el estado jurídico nuevo existía antes de la sentencia y sin ella, que la sentencia no hace más que constatar su existencia?. Si bien es —cierto que la sentencia, a la vez que crea derechos, reconoce derechos, éstos no son sino motivos para la creación de los derechos nuevos (1).

De una manera más clara, LIEBMAN, contradiciendo la doctrina de CHIOVERDA y CARNELUTTI en el extremo común de que la constitución jurídica se produce por virtud de la Ley a consecuencia de una declaración de certeza, cree que en la sentencia constitutiva se dan reunidas dos actividades: la declaración de certeza de los presupuestos del cambio jurídico y la producción de éste (2). Vemos, pues, en este autor formada la exacta conciencia del contenido complejo de nuestra sentencia, que aparece en él reputada como una unidad jurisdiccional, aunque por lo que atañe al objeto del aspecto certificativo de la misma la visión no se eleve más allá del plano de los presupuestos fácticos de la constitución, dejando, por tanto, intacto el tema del derecho de constitución proegsal.

Es GOLDSCHMIDT quien nos proporciona la descripción más rigurosa y exacta sobre el contenido de la sentencia que estudiamos. Transcribamos literalmente sus palabras. "Tal sentencia —nos dice— contiene:

- a) Una declaración de existir el derecho a la acción consti-

(1). De la distinction des jugements déclaratifs, etc., pág. 20 de la Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1929.

(2). Eficacia y autoridad de la sentencia, traduce. SENTIS MEX LENDO, 1943.

tativa (derecho a exigir la constitución judicial de una situación jurídica).

b) Un acto constitutivo de carácter judicial, vinculado en sus efectos a los de cosa juzgada formal, es decir, un acto por el que se constituye, modifica o extingue una relación de derecho" (1).

La misma doctrina aportan RASILLI Y LORETO, si bien con más breve exposición. El primero indica que el Juez, antes de actuar el cambio de la situación jurídica, certifica, haciéndolo incontrovertible, la existencia del derecho de la parte a obtenerlo (derecho que, como hemos examinado anteriormente, es para este jurista de acción) (2). El procesalista venezolano establece claramente la misma distinción de GOLDSCHMIDT, señalando como contenido de la sentencia un reconocimiento del derecho de acción constitutiva y un acto estatal constitutivo (3).

NATURALEZA DEL ACTO JUDICIAL CONSTITUTIVO.— Aunque la doctrina procesal, al pronunciarse sobre las sentencias constitutivas, ha alcanzado, como acabamos de ver, la fase constructiva en que se reconoce la independencia causal del acto innovador que realiza el Órgano jurisdiccional, no ha existido hasta ahora una caracterización común del mismo por los autores. Se han producido vacilaciones en su encuadramiento teórico respecto a varios marcos conceptuales, que han sido alternativamente objeto de la preferencia de unos y de otros juristas. Podemos seña-

(1). Derecho Procesal Civil, pág. 111

(2). La sentencia determinativa, etc., pág. 397 de los Escritos.

(3). Cfr. La sentencia constitutiva, en los Estudios citados, pág. 174.

lar tres fundamentales direcciones doctrinales en la cualificación de dicho acto estatal constitutivo:

a) La que le niega naturaleza jurisdiccional, o la admite con reservas, reconociéndosela, por el contrario, de carácter administrativo. Incluimos en esta dirección la actitud que asimila las sentencias constitutivas a los actos de jurisdicción voluntaria.

b) La que admite la naturaleza jurisdiccional de la constitución por sentencia, pero enmarcándola en el concepto de ejecución.

c) Por último, la que, afirmando esa jurisdiccionalidad, la sitúa dentro de los límites de la función procesal declarativa.

1. Fué CALAMANDREI quien, al afirmar rotundamente la existencia de un momento certificativo y un momento innovativo en la sentencia constitutiva, propuso de un modo decidido la distinción entre ellos mediante el reconocimiento de la naturaleza jurisdiccional del primero y la naturaleza administrativa del segundo. El punto de partida de este autor es su concepto de jurisdicción. Considera éste definido por dos caracteres. El primero consiste en la sustitución de "la actividad intelectual de las partes para el caso de incertidumbre de una voluntad concreta de la Ley, o la actividad ejecutiva de las mismas cuando la voluntad de la Ley consta clara". El segundo carácter es la naturaleza solamente declarativa de la sentencia. Esta, según él, no hace más que "formular el mandato de la ley que impone al demandado la obligación de una prestación" (1). En consecuencia, define la jurisdicción como

(1). Límites entre jurisdicción y administración, en el primer volumen de los Estudios, pág. 21.

"la función mediante la cual un Órgano sustituye la propia actividad a la actividad ajena, al actuar concretas voluntades de la Ley, ya nacidas antes del proceso, las cuales no se dirigen a - ese órgano, sino a los sujetos de la relación jurídica sometida a decisión" (1).

Este concepto está en íntima conexión con la doctrina de los destinatarios de las normas jurídicas, a la que CALAMANDREI se adscribe. Al concretarse la voluntad abstracta de la Ley material, dirige su impulso hacia los sujetos particulares afectados por - el hecho determinante de dicha concreción, en el cual se cumple el supuesto de hecho de la norma (2). El Juez, como tal, "no es nunca destinatario de las voluntades de ley nacidas con ocasión de la relación jurídica que constituye el objeto, el tema de su decisión". No se encuentra nunca, "al obrar jurisdiccionalmente, en su verdadero sentido,..... frente a directos e inmediatos mandatos dirigidos a él por la ley sustancial, sino..... tan sólo - ante un precepto procesal que le impone declarar, mediante la - sentencia, la certeza de las voluntades de ley sustancial que ya han surgido con respecto a los sujetos de la relación controvertida" (3).

Pero comoquiera que hay ocasiones en que las normas sustanciales, al concretar sus voliciones, van destinadas directamente - al Juez, el autor llega a la conclusión de que "siempre que en un proceso civil el tema de la decisión resulte constituido por

(1). Pág. 22 de la obra citada.
(2). Cfr. págs. 23 y 24.
(3). Pág. 25.

voluntades concretas de ley de las que sea destinatario el mismo Juez llamado a decidir, la decisión no es un acto de jurisdicción" (1).

Para afianzar esta doctrina, expone GALAMANDREI su concepción de la mecánica de la tutela jurídica. Cuando la actividad que las normas sustanciales imponen directamente -nos explica- no es realizada espontáneamente por los particulares, en virtud de una norma implícita en el ordenamiento jurídico sustantivo, los interesados pueden acudir a la jurisdicción para obtener la declaración y la sustitución del Juez. ¿Cómo se explica entonces que junto a algunos preceptos sustanciales la Ley contenga disposiciones relativas a la eventual intervención del Juez? Responde GALAMANDREI que no por capricho del legislador, sino porque la actividad que éste exige en tales casos del Organo jurisdiccional, con ocasión de la aplicación del precepto de que se trate, es excepcionalmente diversa de la actividad jurisdiccional ordinaria, a la cual puede - dar lugar cualquier norma. En otras palabras: porque la simple obligación genérica del Juez, de declarar las voluntades de ley ya nacidas en el mundo jurídico, no bastaría en este caso para forzar al Juez a cumplir la actividad especial que, en el caso contemplado por la norma, el legislador quiere que el Juez cumpla (2). En consecuencia con estas ideas, establece como principio general que "el legislador, al establecer normas de Derecho sustancial se dirige directamente al Juez solamente cuando quiere que - el mismo lleve a cabo, con ocasión de una norma jurídica sustancial, una actividad que no consiste en declarar concretas volunta

(1). Pág. 28.

(2). Ofr. op. cit., págs. 30-33.

des de ley ya existentes y concernientes a otros" (1).

Pues bien: este principio se cumple siempre que el Juez pronuncia sentencias constitutivas, a juicio del autor. La actividad que, sobre la base de la declaración jurisdiccional, el Juez realiza en ellas, "no consiste ya en juzgar, sino en ejecutar; y es precisamente esta segunda fase..... consistente en ejecutar, la que opera en el mundo jurídico la variación que la primera fase, consiste en juzgar, precisamente en virtud de su naturaleza jurisdiccional, no había sabido operar" (2).

Explica aquí CALAMANDREI la idea de ejecución en el mismo amplio sentido que le da OHIOVENDA, es decir, como la "verificación de una voluntad" (3). No se trata, explica CALAMANDREI, de una actividad material que tenga existencia en el mundo de los sentidos, sino de una actividad meramente jurídica, que existe solamente en el mundo del Derecho (4). Actividad no jurisdiccional, como reitera después, cuando, ante la cuestión relativa a la naturaleza funcional de la segunda fase de la actividad del Juez, nota la espontaneidad con que la idea de la ejecución jurisdiccional forzosa -- viene a la mente; según la cual, la sentencia constitutiva acumularía una actividad perteneciente al proceso de cognición (la declaración de la existencia de un derecho al cambio jurídico) y una actividad perteneciente al proceso de ejecución (la actuación forzosa de ese derecho). Pero siguiendo la doctrina de OHIOVENDA sobre la ejecución jurisdiccional, que funda este concepto en la idea de

(1) Pág. 33.

(2) Pág. 35.

(3) V. Principios, I, pág. 294.

(4) Op. cit., pág. 35.

sustitución por el Juez de la actividad que otro hubiera podido espontáneamente ejecutar (1), descarta CALAMANDREI la sugerencia expresada. Porque, según él, "sentencia constitutiva se tiene, por definición, en aquellos casos en que la Ley quiere que el cambio jurídico pueda ocurrir solamente in iudicio de modo que no se puede hablar nunca de sustitución, porque la actividad del particular resulta excluida siempre a priori en esta hipótesis por la misma Ley" (2).

En conclusión, afirma CALAMANDREI que el segundo momento regulador que la sentencia constitutiva implica, tras la certificación jurisdiccional del derecho potestativo, consiste en una actividad primaria de carácter administrativo. (3).

Partiendo de una perspectiva más amplia, llega a la misma conclusión en su estudio Líneas fundamentales del proceso civil inquisitorio. Según las ideas allí expuestas, el Estado, por razones de oportunidad, toma parte de diversos modos en la formación de los actos jurídicos de los particulares, mediante la actividad que denomina "administración pública del Derecho Privado". Dicha actividad de control e integración (con sus mismas expresiones) ofrece varias modalidades. Unas veces incumbe su realización a Organos subjetivamente administrativos, de lo que es ejemplo la intervención del Oficial de estado civil en la celebración del matrimonio, conforme al Derecho italiano (entre nosotros, puede citarse la intervención de Notario en la constitución de hipotecas). Otras veces,

(1) Por lo cual escribe CHIVENDA que "si se trata de una voluntad que no puede ejecutarse más que por los Organos públicos, esta ejecución en sí no es jurisdiccional": Principios, I, pág. 366.

(2) Págs. 36 y 37.

(3) Pág. 38.

esa actividad está asignada a Organos subjetivamente judiciales. Pero aquí caben dos posibilidades, en razón de las formas en que la actividad haya de llevarse a cabo. Estas formas, en efecto, son en unos casos las de la jurisdicción voluntaria y en otros las de la jurisdicción contenciosa. Cuando la administración pública del Derecho Privado se manifiesta de este tercer modo, se está en el caso de las sentencias que, excepcionalmente, más que a la actuación de relaciones jurídicas ya existentes, sirven a la constitución de relaciones nuevas; es decir, en el caso de las sentencias constitutivas (1).

Pero el autor declara de una manera rotunda que estas sentencias no difieren por su eficacia de los demás casos de administración pública del Derecho Privado; por lo cual hay que señalar en su contenido la suma de un momento jurisdiccional con otro administrativo. En razón de esta peculiaridad, CALAMANDREI califica de "objetivamente complejas" tales sentencias. (2).

Dejando a un lado los casos de constitución de situaciones jurídicas por Organos administrativos, fijemos nuestra atención en esta identificación que el procesalista italiano pretende hacer valer entre el efecto innovador de las sentencias constitutivas y la función de la llamada jurisdicción voluntaria. En el mismo estudio de que primeramente nos hemos ocupado, afirma el autor esa identidad de naturaleza, tras adherirse a la doctrina según la cual la jurisdicción voluntaria no es en sustancia otra cosa que función admi-

(1) También las determinativas, según dice en otro lugar CALAMANDREI, como veremos al estudiar estas otras sentencias.

(2) Ofr. el estudio citado, págs. 238 y 239 de la traducción española de los Estudios.

nistrativa ejercitada, por razones históricas y prácticas, por Organos jurisdiccionales. En la jurisdicción voluntaria no sólo se tiene la creación de relaciones o estados jurídicos nuevos, sino que falta el elemento de la sustitución que se encuentra en todas las decisiones jurisdiccionales. El Juez obra siempre aquí a base de preceptos dirigidos a él por la Ley, que le impone tomar parte en la constitución o en el desarrollo de relaciones jurídicas que tienen lugar entre los particulares, para producir dentro de ellas ciertos efectos que, por voluntad del legislador, la sola actividad de los particulares no podría producir. De aquí que la actividad del Juez tenga siempre en el ejercicio de la llamada jurisdicción voluntaria un carácter de necesidad.

Por tanto, concluye el autor diciendo que no hay dificultad en equiparar los efectos constitutivos (o determinativos) de ciertas sentencias a los actos de jurisdicción voluntaria, en cuanto todos revisten la calidad de actos administrativos. "La particularidad de los actos de jurisdicción voluntaria contenidos en una sentencia, es que se producen con ocasión de un proceso y son la continuación de una verdadera y propia declaración jurisdiccional de certeza" (1)

Reconociendo la belleza de la construcción de CALAMANDREI y el rigor lógico de sus conclusiones, tenemos que disentir de éstas, - obligados por nuestra disconformidad respecto a las premisas de que parte. La idea de sustitución es insuficiente para explicar la actividad jurisdiccional. Con ésta no se procura solamente realizar

(1) Ufr. ~~Límites...~~ págs. 46 y ss.

lo mismo que los sujetos particulares debieron cumplir en virtud de sus relaciones jurídicas materiales, ni siquiera siempre producir la misma situación de hecho que de dicho cumplimiento habría resultado, sino, más ampliamente, ordenar la vida social con actos concretos del Poder estatal, mediante la satisfacción de pretensiones autorizadas (en abstracto) en razón de la existencia de situaciones de oposición jurídica en las que quedan englobados dos sujetos por lo menos, y de las cuales resulta para uno de ellos la lesión o el riesgo de lesión de un interés; situaciones de oposición que no siempre consisten en la inobservancia de previos deberes impuestos por el Derecho sustantivo. Aunque no fuese más que por el plano reconocimiento de que goza doctrinalmente el fenómeno procesal de la certificación de situaciones jurídicas, como forma autónoma y completa de protección jurídica, - el concepto de sustitución habría de ser abandonado. Únicamente puede ser conservado si para ello se le da (como hacen algunos autores) una amplitud de significado que no tenía en un principio; con lo cual no se hará sino desvirtuar su origen y elare sentido, dedicando innecesarios esfuerzos a un fin apenas más relevante que el mantenimiento de la vigencia de una palabra. Sustitución, en rigor, no se da más que en la función procesal ejecutiva y en algunas sentencias constitutivas cuya mecánica es idéntica a la de la ejecución: las que presuponen un derecho constitutivo privado subyacente (constitución de servidumbre, contrato preliminar, retracto.). En ambos aspectos, la tutela jurisdiccional está estructurada sobre la previa protección del mismo interés de que se trata por las normas jurídicas materiales. Por esta razón, cuando para esa tutela jurisdiccional es necesaria sentencia (pues, como

se sabe, hay casos de ejecución que no la presuponen), ésta fundamenta su acto impositivo sobre la certificación de la preexistente situación o relación jurídica material, la certificación de la oposición jurídica producida (el incumplimiento de un deber) y, por consiguiente, la del concreto derecho de acción surgido con tal motivo.

Pero reiteramos que hay casos en los que el Estado proyecta su función jurisdiccional para la tutela ex novo de ciertos intereses no protegidos previamente a través de una situación jurídica sustantiva. Este es el esquema que presuponen la mayoría de las sentencias constitutivas, justamente las que tienden de una manera directa a la modificación o a la extinción de la situación jurídica existente. Cuando la sentencia del Juez pronuncia, por ejemplo, la separación de cónyuges por la infidelidad de uno de ellos, no trata de hacer efectivo el interés que el inocente tenía en la fidelidad de su consorte, sino el interés, sobrevenido, de quedar desvinculado de la obligación de convivir con él. Por tal razón, ese pronunciamiento no se apoya en la certificación de una situación o relación jurídica material proyectada hacia la satisfacción de este interés, sino estrictamente en la certificación de la oposición jurídica de que dicho interés, sólo jurisdiccionalmente tutelado, emana.

Por tanto, la sentencia no formula aquí un mandato de prestación, contra lo que, con criterio general, afirma GALASANDREI; ni siquiera tiene por qué declarar la existencia de un derecho del cónyuge inocente a la fidelidad del otro (derecho que, por lo demás, es bastante problemático, desde el punto de vista positivo). La base estricta e inmediata de la imposición que realiza es la certificación, mediante el acreditamiento de la oposición jurídica, que hemos dicho, de la única relación jurídica que existe configurada pe-

ra la efectividad del interés que la sentencia tutela: la relación jurídica de acción, inicialmente potestativa y con la pretensión transformada en obligacional o relativa.

Parecidas consideraciones podríamos hacer a propósito de otros supuestos de acción constitutiva, como la de incapacidad o la de impugnación de las situaciones contractuales (en cualquiera de sus formas). Precisamente porque en todos estos casos la tutela jurisdiccional tiene excepcionalmente un carácter primario, la norma que confiere la potestad concreta de acción está, excepcionalmente también, explícitamente formulada, y no implícita, como en el común de los casos, tras la norma material tuteladora. Esta es a nuestro entender la explicación del fenómeno que lleva a JALAVANDREI a ver en las normas que confieren la acción constitutiva (normas intermedias o justicial-materiales, como las hemos llamado) normas materiales que de una parte confieren a los particulares un derecho constitutivo privado (de carácter potestativo) y de otra parte imponen al Juez la obligación de realizar una actividad administrativa. Ni son normas materiales ni tienen al Juez por inmediato destinatario. - Son normas justiciales, normas instrumentales, cuyos destinatarios directos (si hemos de utilizar este concepto) son los particulares, pero no en cuanto que les comuniquen derechos subjetivos y obligaciones, sino en cuanto les confieren potestades y sumisiones; destinatario indirecto es el Juez, en cuanto que dichas normas señalan el contenido que habrá de dar a la resolución que se le pida.

Sobre todas estas razones, reafirmamos el pleno carácter jurisdiccional de toda la actividad realizada por el Juez en las sentencias constitutivas,, negando, por tanto, que su contenido inte-

gre una actividad jurisdiccional y una actividad administrativa.

Pero ¿cuál es, entonces, -puede preguntarse- la exacta diferencia entre una sentencia constitutiva y un acto de la llamada -jurisdicción voluntaria? Intentemos resolver esta cuestión valiéndonos de los datos que la doctrina y la Ley nos proporcionan.

La jurisdicción voluntaria, nos dice PRIETO CASTRO, es "la intervención que el Estado realiza para tutelar el orden jurídico -- cooperando a la constitución, desenvolvimiento y modificación de -- estados y relaciones jurídicas, con carácter general, e sea, frente a todo el mundo; una intervención muy distinta de la que asume ejerciendo la contenciosa, por medio del Proceso civil, donde la tutela del orden jurídico se verifica protegiendo derechos subjetivos, intereses y situaciones, con la cosa juzgada"(1).

Esta intervención no tiene, pues, verdadero carácter jurisdiccional; su naturaleza ha de comprenderse partiendo del concepto de administración, pero administración del Derecho privado, como acertadamente precisa GALABANDREI. Esta misma idea es entre nosotros -- claramente expuesta por GUASP, para quien "la idea esencial de la jurisdicción voluntaria consiste en recoger, en un concepto único, todas las funciones en que un Organó de la Jurisdicción actúa como administrador, pero como administrador del Derecho Privado, este es, realizando, cerca de las relaciones jurídicas de Derecho Privado, actos que no son jurisdiccionales, sino administrativos (2). REDER TI, tras afirmar, partiendo de su posición doctrinal básica, que en

(1) Treatado, I, pág. 147.

(2) Derecho Procesal Civil, pág. 1638.

la jurisdicción voluntaria no se trata de aplicar sanciones (como en la auténtica jurisdicción), sino de realizar tareas que sustancialmente se dirían de carácter administrativo, explica la atribución de estas actividades a los Organos jurisdiccionales y la observancia en su efectución de formas mínimas de las procesales, por el hecho de tratarse de actividades "encaminadas a hacer posible o más correcto el funcionamiento de instituciones puramente jurídicas, donde la consideración del derecho asume una importancia preponderante. Por esto -y por larga experiencia histórica- parecen más convenientes o propicias a las mismas actividades las aptitudes y la preparación específica de que deben estar dotados los Organos y funcionarios judiciales, así como ciertas características de su habitual modus procedendi"(1).

Mas ¿dónde está la clave de su diferenciación respecto a las actividades propiamente jurisdiccionales?

El mismo GUASP nos la señala cuando escribe que "en la jurisdicción voluntaria el Organo de la Jurisdicción recoge material - de Derecho Privado, relaciones jurídicas ajenas, igual que podría hacerlo en un proceso, aunque con la diferencia fundamental de que no existe en ella el elemento sustancial de todo proceso que es la pretensión procesal" (2). Desarrolla posteriormente esta idea, acogiendo el criterio diferenciador del artículo 1811 de la LEC., que considera actos de jurisdicción voluntaria aquellos en que "sea necesaria o se solicite la intervención del Juez, sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas". No suscitando cuestión la primera parte de la pre-

(1). Diritto Processuale Civile, 1949, pág. 17.

(2). Op. cit., pág. 1538.

posición del artículo (intervención necesaria), por cuanto la actuación del Juez se hará, conforme a ella, de oficio, en torno a la actuación provocada gira el problema de la distinción. GUASP lo resuelve diciendo que, en dichos casos de provocación, ésta "no equivale al planteamiento de una pretensión procesal, por no ir dirigida frente a sujeto determinado y distinto del que reclama; ya que si esta dirección personal formara parte de la solicitud, no habría jurisdicción voluntaria, sino contenciosa; la LEC. aclara precisamente esta precisión negativa al impedir que se confundan como actos de jurisdicción voluntaria aquellos en que está empeñada o se promueve cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas". (1).

Las actuaciones de jurisdicción voluntaria no suponen, pues, una pretensión procesal, sino una solicitud en cuyo fondo no existe una actitud de enfrentamiento a otro sujeto, y que por tanto no coloca a nadie en la posición pasiva que la carga de atender a una pretensión contraria representa. (2). Esta inexistencia de pretensiones en los actos de jurisdicción voluntaria, por faltar el sentido de enfrentamiento indicado, quiere decir tanto como que no existe, en calidad de sustrato de la petición, una situación de oposición jurídica para la que el Estado tenga predeterminada la tutela jurisdiccional; es decir, que dicha petición no presupone una desarmonía entre un acto volitivo estatal y un cierto hecho, al cual va ligada de alguna manera la voluntad de una persona y del que dimana o puede dimanar la lesión de un interés de otro sujeto; hecho del cual, por su naturaleza, surge o puede surgir di-

(1). Op. cit., pág. 1639.

(2). Cfr. GUASP en la obra cit., pág. 1640.

rectamente una cuestión entre esas personas (no indirectamente, como, por ejemplo, la cuestión que puede suscitarse entre los propietarios de las fincas confusamente delimitadas, durante las actuaciones administrativas judiciales de delinde).

Si, como decimos, en una petición de jurisdicción voluntaria no se afirma la existencia de una oposición jurídica, no se afirma, por tanto, un derecho concreto de acción procesal. La valoración de este elemento es la que, reduciendo nuestra perspectiva al campo jurisdiccional de las sentencias constitutivas, nos discierne decisivamente éstas de los actos de jurisdicción voluntaria, que, por su naturaleza, tienden también a producir efectos constitutivos de Derecho Privado. De este criterio se ve le OHIOVENDA cuando, al afirmar que el hecho de que existan sentencias constitutivas no significa confusión entre la jurisdicción voluntaria y la contenciosa, justifica su aserto con estas palabras: "Hay sentencias constitutivas, pero éstas contienen la actuación de un derecho a la constitución de un nuevo estado jurídico; derecho que corresponde a un sujeto jurídico contra el otro. En cambio, la constitución o desarrollo de estados jurídicos que tiene lugar en la jurisdicción voluntaria no actúa un derecho que correspondía a A contra B. No es, pues, carácter de la jurisdicción voluntaria la falta de contradictorios, sino la falta de partes" (1). Aceptamos estas palabras en lo que tienen de pura expresión formal, salvando las diferencias de opinión que en relación con la naturaleza del derecho constitutivo procesal nos separan del insigne maestro.

(1). Principios, I, pág. 386.

Pero una vez más es RASELLI quien nos dice la última palabra. Estima este autor que en el ejercicio de la jurisdicción voluntaria las partes no tienen derecho una frente a otra de conseguir una constitución, sino que la pueden obtener "valiéndose de sus facultades jurídicas generales, con la colaboración del Juez".(1). Ya sabemos que RASELLI considera el derecho constitutivo como derecho de acción.

2.- La idea de ejecución, en relación con el elemento innovador de las sentencias constitutivas, aparece ya en HELLWIG, como hemos notado en una cita anterior de las opiniones de este autor. En la página 48 de su Lehrbuch escribe que "cabría pensar que la sentencia (constitutiva) debiera hacer constar en primer lugar - la existencia de tal derecho (el derecho del poder jurídico relativo a la constitución) y que después tuviera que ser producida su actuación mediante otro acto estatal ejecutivo". Pero -continúa-, según el Derecho alemán, el Tribunal tiene que pronunciar directamente, en virtud del Poder del Estado, la modificación jurídica, que se realiza por la propia sentencia en cuanto adquiere la firmeza. Este hecho, sin embargo, no impide al autor estimar que el efecto innovador producido por la sentencia en el ámbito jurídico-privado es de carácter ejecutivo. (2).

La solución es lógica, en cuanto resulta de aplicar la noción general de ejecución como cumplimiento de una situación de hecho proyectada en una situación o relación jurídica privada. - Puesto que el demandante vencedor tenía al prever el proceso un derecho constitutivo material, el efecto constitutivo de la -

(1). Cfr. La sentencia determinativa..., pág. 599 de los Scritti in honor de CARLUCCI.

(2). Cfr. el lugar ya citado de la página 394.

sentencia es exactamente la ejecución de tal derecho, o, lo que es lo mismo, la relación jurídica a que pertenecía.

CHIOVENDA, que, conforme al mismo concepto que hemos señalado, considera como ejecución forzosa "la actuación práctica, por parte de los Organos jurisdiccionales, de una voluntad concreta de ley que garantiza a alguno un bien de la vida y que resulta de una declaración" (1), señala también la naturaleza — ejecutiva del conocimiento del cambio jurídico en virtud de la sentencia; pero con la diferencia respecto a HELLWIG, de que — aquí no se trata propiamente de una ejecución jurisdiccional, — puesto que, según CHIOVENDA, no es la sentencia la que produce el efecto, sino la Ley, sobre el hecho de la sentencia. Estando esa ejecución descrita del contenido íntegro y rigurosamente jurisdiccional de la sentencia (consistente, como sabemos, en — la certificación del derecho material potestativo a la constitución), su entidad queda definida acudiendo al concepto amplio — de ejecución, como "verificación de una voluntad" (2); pero verificación de una voluntad de ley, que se produce por la fuerza de la propia Ley. Por eso manifiesta CHIOVENDA que en las sentencias constitutivas "la producción del cambio jurídico al cual tienden puede considerarse ejecución pro lege de las mismas sentencias" (3).

Las ideas de CHIOVENDA representan en este punto un retroceso con respecto a las de HELLWIG. Este mantiene, al menos, una — idea precisa y técnica de ejecución, con pleno carácter jurisdic

(1). Instituciones, traducc. esp., 1948, pág. 292.

(2). V. la cita hecha supra, al examinar la teoría de CALAMANDREI.

(3). Principios, I, 1922, pág. 261.

cional. Pero si la primera no nos sirve por su latitud -aparte de la imperfección de su punto de partida; desconocimiento de la directa eficacia constitutiva de la sentencia- la de HELLWIG ha de ser desechada igualmente, al menos en lo que tiene de pretensión de generalidad con apoyo en el concepto de derecho constitutivo -privado. Aceptando la idea de ejecución procesal como realización de un derecho material, únicamente cabría aplicarla a los casos -de sentencia constitutiva que presuponen un derecho constitutivo privado (que, como ya sabemos, tiene siempre naturaleza de derecho relativo u obligacional, no potestativo), es decir, los que presuponen también la existencia de una obligación sustantiva de emitir una declaración de voluntad constitutiva (retrato, precogtrato...). Esto, desde luego, prescindiendo de la particularidad -de que en tales casos de derecho constitutivo, la sentencia que pudiera recaer no es para HELLWIG constitutiva, sino de condena - (1).

RASKILLI utiliza en diversos lugares de su exposición el concepto de ejecución al referirse al efecto de la sentencia constitutiva, ligando dicho concepto a la idea de sustitución, que caracteriza, según él, el acto jurisdiccional innovativo. En la página 594 de los Scritti tantas veces citados, afirma, en efecto, que la actividad del Juez es sustitutiva de la de las partes, pero advirtiéndole que esto no significa, ni que siempre las partes hubieran pedido por sí mismas obtener el efecto constitutivo (pues hay casos en que sólo mediante una resolución judicial pueden producirse, tales como el de la separación matrimonial y el de la ig

(1). Cfr. pág. 47, nota 23, del Lehrbuch.

capacitación), ni que el Juez pueda hacer siempre todo lo que las partes hubieran podido realizar (para ilustrar lo cual — alude a la hipótesis de una prestación constitutiva infungible, sin aclarar más). Posteriormente, al plantearse de manera directa la cuestión, declara que la actividad judicial innovadora es de naturaleza ejecutiva, pero con la especialidad de que esta ejecución se agota en una declaración de voluntad — del Juez, sin que sean necesarias medidas ulteriores que cambien la situación de hecho. Pero al intentar justificar esta convicción en relación con cada uno de los tres tipos de sentencia constitutiva que conoce (mistérica que nosotros hemos acogido), sus ideas pierden precisión. En los supuestos — de constitución jurisdiccional en que la sentencia actúa una pretensión surgida del incumplimiento de una conducta constitutiva privada obligatoria (es decir, los que nosotros hemos acogido bajo el concepto de sentencia constitutiva sustitutiva), estima que se produce un verdadero acto de ejecución forzosa. En cambio, respecto a los casos de sentencias constitutivas cuyo resultado pudo ser obtenido extraprocesalmente por las partes, aunque no existía una relación jurídica a tal objeto (sentencias constitutivas alternativas, según nuestra terminología), reconoce que sólo impropiamente se puede hablar de ejecución — forzosa. El Juez aquí (al anular, por ejemplo, un contrato) — sustituye el consentimiento de una parte, a cuya prestación ésta no estaba obligada. Por ello no puede decirse que la voluntad del Juez realice el efecto constitutivo contra la voluntad de un obligado. Esto sugiere a RASELLI la posibilidad de dar — un concepto más lato de ejecución forzosa, que comprenda la agitación del derecho realizada contra la voluntad no sólo del —

obligado, sino del sujeto pasivo en general. Por último, en los casos de sentencia constitutiva necesaria, el Juez actúa igualmente un derecho constitutivo, previa la certificación de las condiciones que lo engendraron, sustituyendo, aunque sea con sustitución necesaria, la actividad de las partes. Lo mismo que en los otros supuestos de sentencia constitutiva, esa actividad es ejecución. Y termina RASELLI estas consideraciones, observando - que no siempre la ejecución de las sentencias constitutivas tiene carácter forzoso, pues no siempre se produce contra la voluntad - de un obligado. (1)

A través de esta exposición de la doctrina de RASELLI, puede apreciarse que su calificación de la actividad jurisdiccional constitutiva como ejecutiva reposa en dos ideas: situación de actividad y realización del derecho de acción constitutiva. Por lo que - hace a la primera, hemos visto los esfuerzos del autor para vencer la resistencia que la mecánica de las sentencias alternativas y necesarias opone al concepto clásico de esa sustitución, y para lograr así una teoría unitaria. No creemos que esos esfuerzos valgan la pena, pues a nuestro juicio el resultado es científicamente irrelevante. ¿Qué valor, en efecto, tiene el concepto de sustitución - para designar la función de las sentencias constitutivas, si unas veces significa realización del resultado a que un sujeto estaba - previamente obligado (casos en los que, como hemos dicho en otro - lugar, hay auténtica sustitución en sentido técnico, lo cual re- - frendamos dando el apelativo de sustitutivas a las correspondien- - tes sentencias), otras veces producción de un efecto que las par-

(1) Cfr. págs. 598, 599, 600.

tes pudieron obtener por sí mismas, aunque no las ligaba una relación jurídica en tal sentido, y otras veces, por último, efectación de una conducta innovativa que las partes podrían haber llevado a cabo si la Ley se lo consintiera? La vaguedad de la noción resultante de englobar tan dispares hipótesis bien merece - que se prescindiera de ella.

En cuanto a la segunda idea, o sea, la de actuación del derecho procesal constitutivo, su naturaleza de acción le hace incapaz de fundamentar la definición de una species conceptual dentro del genus representado por la jurisdicción, para aplicarla a las sentencias constitutivas, toda vez que también las certificativas y las condenatorias actúan al correspondiente derecho de acción. Satisfacción del derecho de acción y jurisdicción son nociones idénticas (desde el punto de vista de la sentencia favorable).

Muy similar a la teoría de RASELLI es la que MANDRIOLI expone en su obra L'azione esecutiva -que la hemos citado con anterioridad-, si bien añade en ella algunos elementos nuevos. Reconoce este autor en la sentencia constitutiva pleno carácter jurisdiccional, pero la considera compuesta por un momento declarativo y un momento ejecutivo. En relación con este segundo, utiliza la misma idea que veníamos últimamente sugiriendo en RASELLI, estimando que la ejecución tiene aquí carácter no forzoso, cualquiera que sea el tipo de sentencia constitutiva de que se trate. Añade además, como nota peculiar, la idea de actuación de sanciones, que según él reina en ese momento ejecutivo (1).

Para demostrar la realidad de esa naturaleza ejecutiva del --

(1) Cfr. sobre todo este op. cit., pág. 376.

elemento innovador de la sentencia constitutiva, recurre a dos ideas: la de sustitución y la de sanción. Acerca de la primera, expresa que la naturaleza sustitutiva de la actividad ejecutiva "no se refiere tanto a la actividad material del deudor en sí, cuanto a la actividad como medio para obtener un determinado resultado económico". Y seguidamente afirma que este concepto de sustitución cabe también en los casos en que la constitución jurídica sólo puede realizarse por un Juez (1).

Respecto a la idea de sanción (cuya comprobación -dice expresamente- sirve para demostrar la realidad ejecutiva de estas sentencias), sienta la tesis de que la modificación jurídica no es otra cosa que una acción por la violación de una situación jurídica preexistente (2) (3).

A continuación trata de asegurar estas ideas, analizando varios supuestos de sentencia constitutiva. En el curso de su exposición va reafirmando la naturaleza ejecutiva no forzosa de cada una de las decisiones jurisdiccionales así como su función sancionadora. Al tratar de la acción divisoria se adhiere a las palabras de MINOLI que definen la sanción como "reacción ante una situación de hecho antijurídica que el Derecho quiere remover, aunque no sea imputable a ninguno como acto ilícito" (4). Concepto que a su entender encaja en todos los casos de sentencia constitutiva, incluso los de anulabilidad por error y

(1). Cfr. pág. 577.

(2). Parece tomar la idea de situación jurídica en el mismo sentido de GARNELUTTI, es decir, designando con ella lo que nosotros llamamos posición jurídica.

(3). Pág. 578.

(4). V. pág. 593, nota.

los de rescisión por excesiva onerosidad. En todo caso, como dijo al principio, la sentencia impone la sanción con motivo de la violación de una situación jurídica. Esta es unas veces un derecho privado a la modificación por la otra parte y otras veces - una situación jurídica distinta, como el derecho a la fidelidad en el matrimonio. Esta amplitud de visión le permite extender su idea de sanción a las más diversas manifestaciones de la sentencia constitutiva, como la resolutoria, la rescisoria y la que declara la indignidad para suceder. Y como broche de esta doctrina declara tajantemente que en los casos en que no sea posible encontrar el carácter sancionador, "no hay que dudar que se está - en el campo de la jurisdicción voluntaria" (1).

Como se ve por las ideas que acabamos de recoger, los conceptos de sustitución y de sanción, como definidores de la función ejecutiva, quedan bastante desnaturalizados en este autor, por la amplitud que les da. Reiteramos una vez más nuestra disconformidad con la afirmación general del primero, sin necesidad de repetir las razones que ya hemos expuesto en tal sentido. Añadamos solamente que la idea de resultado económico a obtener mediante la actividad sustitutiva, tiene limitada vigencia en el campo de las sentencias constitutivas, donde con frecuencia entran en juego intereses puramente morales.

En cuanto a que en las sentencias constitutivas se aplican sanciones, si bien de una manera no forzosa, entendiendo por sanción lo mismo que MANDRIOLI nada tendríamos que objetar a su afirmación. Pero nos parece que si el concepto de sanción se separa de la noción de ilicitud del acto que da lugar a ella, acogiéndolo-

(1). Cfr., págs. 607, 608, 609.

se bajo él cualquier tipo de reacción contra una situación anti-jurídica, su valor científico resulta exiguo. No deja de ser legible el intento de unificar teóricamente el Proceso civil y el penal, que a los partidarios de la doctrina de la sanción mueve; - pero nunca debe pagarse como tributo por un resultado semejante la pérdida de precisión en las ideas. El campo característico de la aplicación de sanciones es el procesal penal, en el cual la idea de imposición de un mal aparece como fin sustancial inmediato, a través del cual, de una manera refleja, se realiza la protección del orden y la paz sociales. En cambio, en el Proceso civil predomina el sentido de protección sobre el de imposición - de medidas desfavorables a los sujetos, aunque dicha protección se consiga mediante actos impositivos de voluntad. A lo sumo, se podría ver aplicación de sanciones civiles en las sentencias de condena (en rigor, imposición potencial, susceptible de ser actualizada con la ejecución) y en las constitutivas que presuponen la insatisfacción de un derecho constitutivo privado. Nosotros, no obstante, preferimos eludir por completo la idea de sanción civil en todos los casos en que no aparece establecida por la Ley como consecuencia de un acto antijurídico, con naturaleza de obligación peculiar. Por tanto, carece de significación para la teoría de la sentencia constitutiva.

Recapitulando nuestra crítica de las doctrinas examinadas, vemos que ni la idea de realización de un derecho privado constitutivo, ni la de actuación del derecho constitutivo procesal de acción, ni la de imposición de una "sanción modificativa" (al decir de MANDRIOLI), satisfacen lo suficiente como para que la actividad innovativa de las sentencias constitutivas pueda con ab-

soluto rigor científico ser considerada como ejecución. Nuestro concepto de la ejecución es bastante próximo a la noción general en que se apoya la primera de las posiciones indicadas (asunción de un derecho privado o de una concreta voluntad de ley declarada). Entendemos por tal, según hemos expuesto en otra parte, la imposición actual de una situación jurídica material, es decir, la realización por los Organos jurisdiccionales del resultado de hecho hacia el cual esa situación estaba proyectada. Pero no cualquier forma de realización, sino la que tiene lugar mediante lo que GUASP llama una "manifestación de voluntad", es decir, "una conducta física, distinta del mero declarar, que provoca no un cambio ideal en la situación existente entre las partes, sino un cambio físico, real o material" (1). Por ello excluimos del ámbito de la ejecución el efecto constitutivo de las sentencias que actúan positivamente la pretensión motivada por el incumplimiento de una obligación jurídico-material relativa a la emisión de una declaración de voluntad constitutiva. Con esa sentencia se procura el resultado a que tendía la situación jurídica surgida del precontrato, por ejemplo, pero para ello basta con un acto de voluntad judicial de naturaleza meramente declarativa. Excluimos por tanto del campo de la ejecución el único tipo de sentencia constitutiva que ofrezca rasgos suficientes como para justificar el intento de adscribir a ese campo las sentencias constitutivas en general.

Terminemos con una referencia a las ideas de SATTA. Al estimar este autor que la sentencia constitutiva tutela derechos le -

(1). GUASP: Derecho Procesal Civil, pág. 837.

mismo que la función ejecutiva (1), se opone, sin embargo, a la teoría que equipara ambos conceptos en el sentido de afirmar - que la sentencia constitutiva contiene una actividad de ejecución forzosa. Apoya su discrepancia en que, aun siendo idéntica la función de una y otra (la plena realización de la tutela jurídica), su estructura es diversa, pues mientras la primera cumple la función mediante una declaración de voluntad, la segunda la realiza sobre la base de un precedente momento jurisdiccional declarativo (2).

3.- De toda la exposición que precede, se desprende que seguimos la dirección de quienes, reputando jurisdiccional la actividad innovadora que el Juez realiza en las sentencias constitutivas, la sitúan dentro del marco conceptual de la declaración. Aparte de las sugerencias de SATTI, a cuyas ideas acabamos de remitirnos, las convicciones de GOLDSCHMIDT, al criticar la doctrina del derecho constitutivo privado como presupuesto de todas - las sentencias constitutivas, contienen una repulsa implícita de que la actividad constitutiva de la sentencia sea de carácter - ejecutivo (3). Bien es verdad que GOLDSCHMIDT excluye, como el egmán de los procesalistas alemanes, las sentencias dictadas sobre la base de la obligación de emitir una declaración de voluntad - privada, de la clase de las constitutivas, considerándolas de - condena, y por tanto susceptibles de ejecución (en su momento - efectuaremos las citas oportunas), pero también es cierto que eg

(1). Nosotros aceptamos sólo limitadamente esta idea, de acuerdo con lo dicho en otros lugares, pues no siempre la oposición jurídica que da lugar a una sentencia constitutiva consiste en la lesión de un derecho subjetivo.

(2). Cfr. Proceso generalista, etc., págs. 352-354 de la Riv. Dir. Proc., 1912, I.

(3). Cfr. Derecho Procesal Civil, pág. 111.

tas sentencias tienen una figura un tanto excepcional dentro del campo total de las constitutivas; por lo que las ideas del jurista alemán tienen de todos modos para nosotros el valor de una autorizada fundamentación de nuestro propio pensamiento.

La doctrina procesal española, sin haberse planteado a fondo el problema de que nos estamos ocupando, se manifiesta tácitamente en contra de la teoría de la actividad constitutiva como ejecutiva, en razón del estrecho concepto que sobre la ejecución en ella reina.

APENDICE.-

Para concluir el estudio del contenido de las sentencias constitutivas, sólo nos queda que hacer una advertencia. Estas no siempre se manifiestan de una manera pura y simple; queremos decir que no siempre, al pronunciarse una resolución judicial positivamente satisfaciente de una pretensión constitutiva, esta resolución constituye el contenido total de la sentencia emitida. Frecuentemente, a una pretensión constitutiva va acumulada una pretensión de condena, cuya satisfacción positiva dependerá de que la primera esté fundamentada. Así por ejemplo, una sentencia resolutoria lleva normalmente aneja una imposición condenatoria por razón de daños y perjuicios. Igualmente, una sentencia constitutiva en caso de contrato preliminar llevará normalmente aneja la condena a los efectos del contrato definitivo (1).

(1). Ofr. a este respecto CHIOVENDA: Principios, I, pág. 225; INVERA: La sentencia de condena, en la Revista procesal italiana, 1935, págs. 43, 44.

CAPITULO CUARTO

EFEITOS DE LA SENTENCIA CONSTITUTIVA

INDICACION GENERAL. - En la página 365 de su Derecho Procesal Civil, escribe GUASP: "La importancia de la sentencia se observa - en la trascendencia de las consecuencias jurídicas que produce, es decir, en la repercusión de sus efectos. Estos efectos pueden dividirse en dos grandes categorías, según que se refieran al orden jurídico material, o al orden jurídico procesal".

En relación con los efectos jurídico-materiales, dice a continuación que éstos son producidos por la sentencia "unas veces directamente, como es el caso de las sentencias constitutivas; - otras indirectamente, por vía secundaria o refleja, como cuando la sentencia constituye la condición de un negocio jurídico material, supuestos en que opera la sentencia no como acto procesal, sino como simple hecho jurídico". Por lo que hace a los efectos jurídico-procesales, "el más importante es el que afecta a su discutibilidad e indiscutibilidad en otros procesos ulteriores. Si la sentencia no admite ningún ataque directo contra ella, esto es, si no es recurrible, se llama firmes y se dice que produce fuerza de cosa juzgada formal. Si no admite tampoco un ataque indirecto o mediate, por la vía de la apertura de un nuevo proceso en el que la misma materia pueda ventilarse, entonces se dice que gana de la autoridad o que produce la fuerza de la cosa juzgada - material" (ibíd.).

Tomando como pauta estas ideas, estudiaremos nosotros en primer lugar los efectos jurídico-materiales de la sentencia constitutiva; en especial los directos, que son justamente los que dan fisonomía peculiar al tipo de sentencia sobre el que - recae nuestra investigación. Después nos ocuparemos de las particularidades de la cosa juzgada material de la misma, prescindiendo de la cosa juzgada formal, que no presenta aquí ninguna especialidad.

1. EFFECTOS JURIDICO-MATERIALES DIRECTOS

ENTIDAD Y PRODUCCION DE ESTOS EFECTOS.- Una sentencia tiene eficacia jurídico-material directa cuando, al satisfacer positivamente una cierta pretensión, innova por sí misma en el mundo de las situaciones jurídicas materiales. Este es el concepto que ha venido presidiendo toda nuestra investigación precedente. Dicha innovación puede consistir, como sabemos en la creación, en la modificación o en la extinción de una situación jurídica o - una pluralidad de ellas. La exposición de nociones jurídicas generales hecha en la INTRODUCCION de este trabajo contiene el significado exacto de cada uno de estos conceptos; ello hace innecesario precisarlos en este momento.

Reconocida, pues, en la doctrina procesal la existencia de este tipo de sentencia, y expresamente diferenciado el mismo en los ordenamientos procesales más avanzados (1) apenas si hemos

(1). Nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, por el contrario, tiene en todo instante el pensamiento puesto en la condena, desconociendo tanto la certificación como la constitución; no obstante lo cual, son múltiples las manifestaciones de este último fenómeno en nuestro Derecho positivo.

de hacer aquí otra cosa, en relación con esa realidad, que reafirmar la directa causalidad del acto de voluntad estatal que es la sentencia, respecto al acaecimiento del efecto constitutivo. Simplemente tenemos solamente el esquema lógico de esa causalidad, aludiendo al papel que en ella juega la pretensión procesal.

La verdadera causa jurídica de la sentencia es, como escribe GUASP, la pretensión procesal (1). Por tanto, la causa de una sentencia constitutiva es la pretensión que ésta satisface positivamente. De aquí que, en relación al efecto constitutivo, debemos reconocer junto a la causalidad inmediata de la sentencia la causalidad mediata de la pretensión. Esta es la idea de ZITTHMANN y BALOGH, que recoge CHIOVENDA (2).

Con esta concepción excluimos dos cosas: que la demanda (en que va incorporada la pretensión) sea un hecho -acto- causal directo, similar a un negocio jurídico privado, y que la sentencia tenga meramente este mismo valor. En contra de la primera idea, escribe acertadamente KISCH que "la demanda para la emisión de una sentencia constitutiva no puede ser considerada como una declaración de voluntad jurídico-privada". "La voluntad del demandante -continúa este autor- no es la causa productora respecto al efecto jurídico pretendido, sino sólo el presupuesto para la aparición de dicha causa, que ha de verse sólo en la sentencia" (3). Sobre el segundo punto nada tenemos que decir de nuevo, como hemos advertido antes, puesto que ya hemos dado en lugar anterior razones suficientes contra la teoría que atribuye a la Ley

(1). Cfr. op. cit., pág. 555.

(2). V. Principios, I, pág. 214, nota.

(3). Ensayos sur l'ortolano, pág. 70.

la causalidad constitutiva directa, viende en la sentencia un puro hecho ocasional conectado a ella.

Centrándonos en el tema estricto de la trascendencia jurídico-material directa de la sentencia constitutiva, tenemos ante nosotros dos elementos lógicos para su comprensión. De una parte nos aparece el acto de voluntad estatal, que la sentencia encierra, como la causa eficiente inmediata; de otra parte, los conceptos de creación, modificación y extinción de situaciones jurídicas nos señalan las tres modalidades en que dicha eficacia puede manifestarse. Pero aun nos falta, para completar el cuadro dialéctico total, fijarnos en el que podemos llamar elemento lógico iligativo o instrumental. Con esta idea designamos la labor de cumplimiento de normas que realiza el Juez al exteriorizar el acto imperativo de la sentencia. Las distintas posibilidades concretas que este cumplimiento presenta en la realidad práctica de la ordenación jurídica procesal, son el tema de diferencia de la teoría sobre los principios rectores de esta ordenación. De aquí que sea este el momento más adecuado para desarrollar, dentro del marco doctrinal de la sentencia constitutiva, las ideas generales que sobre tales principios expusimos en la PARTE PRELIMINAR.

Cuando el Juez dicta la sentencia constitutiva (como cualquier otra) cumple siempre una norma procesal, que le marca el cambio de la satisfacción positiva de la pretensión, caso de haber quedado comprobados en el Proceso los extremos alegados por el sujeto que la interpuso. Desde este punto de vista puramente formal, el Juez actúa siempre estrictamente en virtud del principio de legalidad. Esta es la mínima manifestación, en el plano jurisdiccional, de la realidad jurídica del Estado. Pero para llevar a cabo la satisfacción indicada, cuenta el Juez con otras nor

mas que le señalan, desde una perspectiva general, el contenido que ha de dar a su decisión. Particularizado este contenido por el Juez, en función de las circunstancias concretas del caso conocido, es hecho realidad, es convertido en orden efectivo por el Poder del Estado.

Dentro de esas normas, hemos de distinguir dos estratos. El más inmediato al Juez está constituido por las normas intermedias o judiciales materiales, que son las que, como sabemos, conceden en cada caso a los particulares el derecho potestativo concreto de acción. Las podemos llamar también normas instruccionales (1). El último estrato es el de las normas materiales que ordenan directamente la vida social. Las podemos dar el apelativo preciso de sustanciales o sustantivas. Pues bien: según la medida en que, con arreglo a unas y otras normas, el Juez encuentre predeterminados los dos elementos delimitadores de su decisión: presupuesto y consecuencia jurídica (= oposición jurídica y medida jurisdiccional), diremos que su conducta está estrictamente regida por el principio de legalidad o que junto a éste interviene más o menos ampliamente el de equidad. Hagamos un examen de la estructura y la mecánica de ambas clases de normas, a fin de poner de manifiesto los criterios generales de comprensión de ese juego de principios.

Las normas sustanciales (fundamentalmente las de Derecho privado, que son las más interesantes para nosotros en este trabajo) realizan su directa función ordenadora definiendo situa-

(1). Siguiendo la terminología de CARNEVATTI, que intuye su naturaleza, aunque sólo en algunos concretos aspectos. V. Sistema, I, núm. 40.

ciones jurídicas sobre la base de la previsión de ciertos acontecimientos (hechos, actos, situaciones de hecho); más sintéticamente: ligando a ciertos hechos determinadas consecuencias de derecho. Pero no delimitan siempre de la misma manera cada uno de estos dos elementos. El supuesto de hecho comprende a veces uno de los llamados conceptos-válvula o standards jurídicos, o en general criterios de significación imprecisa. Así por ejemplo, el de buena fe, como determinante de atribuciones jurídicas, o el de mala fe, como determinante de prescripciones jurídicas (derechos subjetivos y deberes, respectivamente). Otras veces, esos criterios figuran en la consecuencia jurídica del hecho. Piénsese, por ejemplo, en las ocasiones en que la Ley indica la forma de desempeñar las obligaciones de un cargo tomando como módulo la "diligencia de un buen padre de familias".

En cualquiera de estas hipótesis, la comprobación de una posible oposición jurídica en el seno de las situaciones jurídicas materiales definidas, dependerá de la comprobación de cada uno de los expresados criterios. Así, de una parte, existirá efectivamente lesión del derecho contenido en virtud de una conducta de buena fe, si el derecho existe por haberse dado esa calidad de la conducta; lo mismo ocurrirá respecto a la infracción de un deber impuesto por mala fe. De otra parte, habrá efectiva transgresión del deber realmente existente, si en la actividad prescrita no se observó la diligencia exigida, según el ejemplo puesto.

Otras veces, no será la propia existencia de la oposición jurídica, sino su "cuantía", por decirlo así, la que dependerá de criterios variables. Tal es el caso de la insatisfacción de un crédito surgido de la culpa o negligencia de otra persona, en

ye volumen depende de la dimensión del daño o perjuicio irrogado; asimismo, el caso de falta de pago de los alimentos debidos.

En cada uno de esos casos, existe una norma instrumental (e - justicial material), normalmente implícita, que confiere, de una parte, a ciertos sujetos la potestad concreta de acción, y, de otra parte, señala al Juez la medida que tendrá que imponer caso de plantearse una pretensión y ser comprobada la oposición jurídica afirmada en la misma. Esa medida consistirá generalmente en la procuración de un resultado de hecho idéntico o sustitutivo del que constituía el objeto del interés lesionado (condena al pago de la deuda, a la devolución de la cosa, ejecución por estas razones, etc.). En razón de ese carácter sustitutivo de la tutela jurisdiccional, las normas instrumentales están implícitas, como hemos dicho. Pero el Juez se encuentra realmente ante ellas, que le remiten a las normas sustanciales para el conocimiento de la existencia y la cuantía del derecho concreto de acción; con la particularidad de que, en las hipótesis a que nos estamos refiriendo, el Juez tendrá que apreciar, para la comprobación de esos extremos, con un cierto margen de libertad, si hay realmente buena fe, o el efectivo importe de los alimentos, - por ejemplo, para aplicar en el primer caso la medida de tutela que corresponda conforme al Derecho sustancial, y en el segundo caso la que exactamente corresponda según su apreciación de la lesión jurídica. Lo cual quiere decir que junto al principio de legalidad que rige su actuación de fondo, encarnado en las normas instrumentales que dan contenido a su deber procesal de decidir, interviene en distinta medida el principio de equidad, que alienta igualmente en esas normas instrumentales; unas veces -ag presunción de una manera más clara y definitiva- para orientar -

la apreciación del elemento de hecho de dichas normas instrumentales (la oposición jurídica) y otras para la regulación discrecional de la medida jurisdiccional indeterminadamente prevista - en las mismas.

Debemos congratularnos de las valiosas sugerencias que para la exposición que acabamos de hacer -la cual habremos de ampliar con más detalles al estudiar la constitución procesal acciden- tal- nos han proporcionado los magníficos estudios procesales de CALANANDREI (1). Anotemos como dato concreto que el autor ita- liano no reconoce auténtica discrecionalidad judicial en la primera de las dos hipótesis últimamente precisadas (apreciación de la - oposición jurídica; él habla en realidad de supuesto de hecho de la norma material), sino, a lo más, mera discrecionalidad técnica (2), viendo, por el contrario, verdadera discrecionalidad en la segunda hipótesis (fijación de la medida jurisdiccional; él - habla de consecuencia de la norma material). Nosotros preferimos hablar en ambos casos de equidad, si bien entendiéndola como cri- terio general en el primero y como criterio concreto en el segun- do. Recordémosle a este propósito las ideas generales anticipadas en la PARTES PRELIMINAR.

De todo lo expuesto podemos extraer estas tres fundamenta- les ideas:

a) Lo normal es que las normas instrumentales estén implíci- tas y el Juez tenga que acudir a las normas sustanciales para el

(1). Pueden confrontarse Génesis lógica de la sentencia ci- vil (págs. 396 y ss. de la traducción española de los Estudios) y Límites entre jurisdicción y administración, pág. 39 y ss. de la misma publicación.

(2). Cfr. especialmente Génesis lógica, etc., pág. 401.

conocimiento de la oposición jurídica concreta y el de la medida exacta que ha de aplicarse en el caso particular.

b) Igualmente normal es que esas normas sustanciales den criterios precisos para la determinación de ambos elementos lógicos de la labor jurisdiccional. En ciertas ocasiones, empero, dan esos criterios de una manera indefinida, lo cual, en el caso de plantearse la cuestión litigiosa, determina la concesión al Juez, por las normas instrumentales, de un margen de discrecionalidad, de actuación equitativa.

c) De esto último se infiere que el Juez al actuar por equidad cumple también normas jurídicas, aunque sean vacías de contenido. El principio de equidad significa, por tanto, una libertad legal (frente a la sujeción legal que implica el principio de legalidad) del Juez en relación con la estimación y el aprovechamiento de ese contenido.

Pero, como sabemos, hay ocasiones en que las normas instrumentales aparecen explícitas en el ordenamiento jurídico; unas veces para señalar aspectos muy específicos de la conducta judicial a que podrá dar lugar la afirmación procesal de una ^oopinión jurídica en el seno de una situación jurídico-material dada; otras veces para conceder un derecho de acción peculiar y señalar, más o menos precisamente, el contenido total de la decisión. De la primera faceta nos ocuparemos con la debida amplitud al estudiar la constitución procesal accidental. Por lo que atañe a la segunda, puede suponerse que nos referimos, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, a los casos de acción certificativa (o sea, puramente declarativa, según la terminología usual de la doctrina) y a los más característicos de acción constitutiva. En estos supuestos, las indicadas nor-

mas instrumentales determinen claramente los dos elementos lógicos de que venimos hablando, pero dejando a veces, tanto respecto a uno como respecto a otro, un espacio mayor o menor a la discrecionalidad judicial. Así, por ejemplo, en el campo de las acciones certificativas, si se estima como tal, al menos en algunos supuestos, la que corresponde a terceros para la impugnación del matrimonio civil (art. 102 Código Civil), la sentencia positivamente satisfactiva que en virtud de ella puede dictarse irá regida por el principio de equidad en cuanto que el Juez apreciará discrecionalmente en ella la real existencia del interés que fundamenta la acción.

Enfoquemos ahora, con la debida exactitud, al tema estricto de nuestro estudio actual: el papel de los dos principios rectores en las sentencias constitutivas. Vamos a limitarnos a dar unas ideas generales sobre la intervención del principio de equidad, - pues con ello conoceremos la diversidad de amplitudes con que el de legalidad (siempre presente) actúa en los distintos supuestos.

En la clase de las sentencias constitutivas sustitutivas -- existe algún caso claro de actuación por equidad, tal como el de la constitución de la servidumbre legal de paso por el Juez, el cual habrá de establecerla atendiendo a las necesidades del predio dominante y conciliando las exigencias de mínima distancia al camino público y mínimo perjuicio para el predio sirviente (V. arts. 565 y 566 del Código Civil). Dentro de la clase de las sentencias constitutivas alternativas, podemos citar el caso del -- art. 1707 del Código Civil, que concede la acción disolutoria de la sociedad en razón de un justo motivo, cuya apreciación deja expresamente a la estimación del Tribunal. Por último, correspondiendo a la clase de las sentencias constitutivas necesarias, encon-

tramos varios casos de equidad, relativa tanto a la oposición jurídica como a la medida jurisdiccional. Piénsese, respecto a lo primero, en la apreciación que el Juez habrá de efectuar acerca de la real existencia de las injurias graves como motivo de divorcio (causa 2ª del artículo 105 del Código Civil). Se trata aquí, como se ve, de un criterio de equidad general o discrecionalidad técnica, al decir de SALAMANDREI. Para el segundo aspecto, indicamos el caso característico de la fijación judicial de la incapacidad de un sordomudo, en razón del grado de su inhabilidad física (artículo 218 del Código Civil).

Bastan a nuestro juicio estas indicaciones, para poner de manifiesto la extensa variedad de manifestaciones con que los dos principios de que tratamos intervienen en las sentencias constitutivas. En algunas de ellas rige estrictamente el de legalidad; en otras, por el contrario, aparece conjugado con éste el de legalidad, con distinta magnitud y fisonomía de unos casos a otros. Todo ello quiere decir que para el conocimiento exacto del campo total de acción de cada uno de tales principios es necesario examinar cada uno de los supuestos legales de sentencia constitutiva. Nosotros no abordaremos esta tarea en su totalidad, porque no corresponde a los límites de nuestro trabajo, pero sí pondremos atención en hacer notar ese juego de principios al estudiar en la segunda sección de esta primera parte los casos más representativos de sentencia constitutiva en nuestro Derecho.

EXTENSION SUBJETIVA DE LOS EFECTOS JURIDICO-MATERIALES DIRECTOS DE LA SENTENCIA CONSTITUTIVA.— Podemos distinguir cuatro modos de afectación subjetiva por la sentencia constitutiva:

a) La transformación que experimenta la esfera jurídica de aquellos sobre quienes recae el efecto jurídico material directo del acto jurisdiccional decisorio, consistente en la alteración, la adquisición o la pérdida de poderes o deberes jurídicos.

b) La que producen, tanto en las partes del proceso como en otras personas, los efectos originados por la sentencia de forma indirecta o secundaria, es decir, actuando como pure hecho jurídico.

c) La que consiste en tener que contar con la aparición, la alteración o la desaparición de una situación jurídica producida directamente por la sentencia, lo mismo que si el fenómeno hubiera surgido de un hecho o negocio jurídico.

d) La que representa la imposibilidad de volver a plantear con éxito la misma cuestión procesal que desembocó en la sentencia.

La segunda forma de afectación será examinada al estudiar posteriormente el tema de la eficacia jurídico-material indirecta de nuestra sentencia. La tercera y la cuarta, al tratar de los efectos jurídico-procesales de la misma. Corresponde, pues, sistemáticamente a este lugar estudiar la primera forma de afectación, al objeto de poner de relieve las particularidades que puede presentar según los casos.

Esta afectación se da normalmente en los sujetos que han sido de parte en el proceso. Pero no siempre alcanza, en el caso concreto, a las dos partes. Hay ciertos supuestos en los que el titular de la acción constitutiva no ve directamente afectada su

esfera jurídica por el efecto constitutivo de la sentencia. Desde luego, se trata siempre de supuestos de modificación o extinción. Podemos citar aquí la sentencia de incapacitación del loco o serbomude, la de nulidad del matrimonio o de situaciones jurídicas contractuales a petición de terceros interesados, la de revocación o rescisión de situaciones contractuales a instancia de terceros perjudicados y la declaratoria de la indignidad para suceder. Ninguna de ellas hace impacto inmediato dentro de la órbita jurídica del actor, aunque sí la afecta de una manera secundaria o refleja, y con mayor o menor intensidad, mediante adquisiciones de derechos o expectativas, o eliminación de obligaciones, sumisiones o riesgos. En otros diversos supuestos, en cambio, la constitución jurídica se extiende a las dos partes; pero las alteraciones que, respectivamente, experimentan sus esferas jurídicas no son siempre idénticas. Así, en los casos de constitución de servidumbre, de creación de la situación jurídica proyectada en el precontrato, de divorcio, de reducción de la cláusula penal o de los honorarios de un Letrado, de resolución de situaciones contractuales a instancia de una de las partes civiles, de disolución de sociedades, de impugnación de acuerdos sociales y de nulidad del matrimonio a instancia de un cónyuge, cada una de las partes procesales experimenta, por consecuencia directa de la sentencia, una adquisición, transformación o pérdida de derechos, obligaciones, o ambas cosas a la vez -todo según la clase de la sentencia en cada supuesto. Por el contrario, en la sentencia de retracto y en la de revocación de una donación, por ejemplo, mientras por efecto de la misma una de las partes sufre una pérdida, la otra recibe un aumento correspondiente de su haber jurídico.

Decíamos que lo más común es que la afectación de que tratamos se limite a los sujetos que han sido parte en el proceso. Pero se dan algunos casos en los que el efecto constitutivo alcanza a personas que no intervinieron en el proceso, aunque hubieran podido hacerlo a título de parte o en otra calidad. Sugérenos tres ejemplos para ilustrar la afirmación de este fenómeno:

-Resolución de la situación jurídica contractual obtenida -- por el deudor frente a uno de los acreedores solidarios o por uno de los deudores solidarios frente al acreedor. En cada uno de estos casos pudieron haber intervenido en el proceso, respectivamente, los demás acreedores o deudores, asumiendo en tal caso una -- oposición activa o pasiva de litisconsorcio impropia -- mente necesaria (recuérdese lo expuesto al estudiar el problema del litisconsorcio en relación con las sentencias constitutivas). Pero aun no habiéndolo hecho, les afecta igualmente de manera directa el efecto constitutivo de la sentencia, produciéndoles la pérdida de su participación en el crédito o la deuda solidaria, en virtud de -- las peculiares características que definen la posición jurídica -- de titularidad solidaria.

-Disolución de una sociedad, cuando, habiéndose prestado a -- realizarla privadamente algunas de las consortes, hubo alguno -- que se opuso a la reclamación del interesado en tal sentido. Aunque los socios conformes con dicha reclamación no hubiesen participado en el proceso, les afectará igualmente la extinción de la situación jurídica en que se encontraban con el pretendiente, y -- contra la cual éste dirigió su pretensión, intentando someter al socio reacio a su eliminación.

-Impugnación del acuerdo de la Junta General de una Sociedad Anónima sólo por uno o algunos de los sujetos legitimados para --

ello. La sentencia anulatoria del acuerdo liberará también a los socios que no interpusieron la pretensión para la que estaban legitimados, de la sujeción que el acuerdo impugnado les hubiera impuesto. Según el párrafo segundo del art. 67 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, la sentencia estimatoria de esta impugnación "producirá efectos frente a todos los accionistas, pero no afectará a los derechos adquiridos de buena fe por los terceros a consecuencia del acuerdo impugnado".

DIMENSION TEMPORAL DE ESTOS EFECTOS.- Bajo este epígrafe vamos a afrontar dos temas, que podemos circunscribir con estas expresiones: momento inicial de los efectos jurídico-materiales directos de la sentencia constitutiva y dirección temporal en que los mismos se extienden.

1. ¿Cuándo comienza el efecto innovativo principal de la sentencia constitutiva? Con la doctrina alemana más común, entendemos que es la firmeza de la sentencia el fenómeno que marca ese momento inicial (1).

Para explicar con claridad este aserto, debemos hacer unas consideraciones generales acerca de la formación del acto estatal impositivo que toda sentencia entraña. Estimamos que este acto impositivo sólo es perfecto a) cuando el primer pronunciamiento no puede ser atacado en vía de recurso, bien porque este procedimiento de impugnación esté excluido del caso concreto, bien porque haya pasado la oportunidad para utilizarlo, o b) cuando ha sido definitivamente confirmado por la decisión de un Tribunal superior.

(1). Cfr. HELLWIG: Lehrbuch, I, pág. 48; GOLDSCHMIDT: Deutsches Prozessal Civil, trad. PRIETO-CASTRO, pág. 111; ROSENBERG: Lehrbuch, págs. 156, 157; SCHÖNKE: Deutsches Prozessal Civil, trad. PRIETO-CASTRO, pág. 158.

perior. Hasta entonces, su significación es la de lo que podría llamarse una "expectativa de imposición jurisdiccional".

Así, la imposición de una sentencia certificativa (meramente declarativa) es verdaderamente tal cuando, de una parte, el demandado no puede discurrir de ninguna manera la existencia o - inexistencia de la situación jurídica de que se trate, y, de otra parte, el demandante triunfador puede hacer valer, extrajudicial o judicialmente, con plena eficacia la realidad certificativa.

Análogamente, la imposición de una sentencia condenatoria se perfecciona con la irrecurribilidad. Con esta circunstancia concuerda efectivamente la sumisión del vencido a la eventualidad de una ejecución y el derecho potestativo (acción ejecutiva) del actor triunfante para obtener ésta. Esto, desde luego, en los casos normales, pues hay especiales supuestos de condena en que la sentencia definitiva aun no firme hace posible una actividad de ejecución provisional. No puede, en razón de tal posibilidad, decirse que entonces la sentencia no firme basta para engendrar el título ejecutivo. El derecho que el actor ejercita al pedir la ejecución anticipada no es la acción ejecutiva, sino un peculiar derecho procesal que, por determinadas razones que se dan en el caso, le concede la Ley en virtud de la expectativa de una acción ejecutiva que para él ha creado la sentencia, al objeto de conseguir la expectativa de una ejecución procesal que quedará auténticamente definida con la firmeza de la sentencia.

Estas nociones nos permiten situar sistemáticamente la afirmación inicial sobre el efecto jurídico-material directo de la sentencia constitutiva. El acto impositivo de ésta se actua-

lisa plenamente en el momento de la firmeza o cosa juzgada formal, siendo entonces cuando el demandado queda realmente sometido al nacimiento, la modificación o la desaparición de una situación jurídica y cuando el demandante puede invocar con éxito seguro la existencia -originaria o alterada- o la inexistencia de la misma, ya sea en el tráfico jurídico normal (p.e., acreditando con la sentencia disolutoria del matrimonio civil anterior su libertad para contraer otro nuevo) ya sea en el plano excepcional del Proceso (p.e., acreditando la existencia del crédito cuya imposición pretende, que naciera con la sentencia constitutiva dictada por el incumplimiento de un contrato preliminar). - Claro, que no es únicamente el demandante el que puede hacer esta alegación eficaz de la existencia o inexistencia de la situación jurídica creada, modificada o extinguida por la sentencia, sino también, en su caso, el demandado (para lograr fines análogos a los que hemos indicado antes con dos ejemplos al hablar del demandante) y aun terceras personas, puesto que la sentencia constitutiva, al mismo tiempo que produce el fenómeno de innovación jurídico-material, crea la certeza indubitable del mismo (1).

En consecuencia de esta doctrina sobre el momento inicial del efecto jurisdiccional constitutivo, hemos de situar lógicamente también en el momento de la firmeza de la sentencia el nacimiento de los efectos secundarios de la misma, es decir, los que derivan, por la fuerza de las normas jurídicas materiales, del efecto jurídico propiamente dicho. Así, por ejemplo, en el

(1). Ofr. sobre este punto KISCH: Rechtslehre des Urteilsahrs, pág. 75.

momento de adquirir firmeza la sentencia de incapacitación de un pródigo, surge la incapacidad propiamente dicha y, a consecuencia de ella, de un lado los poderes y deberes relativos a la constitución de la situación tutelar y, de otro, el poder jurídico (acción constitutiva) de remover las consecuencias jurídicas, válidamente producidas, de los actos realizados por el pródigo con posterioridad a la demanda de incapacitación - (artículo 226 del Código Civil).

Invocamos tres artículos del Código Civil en apoyo de nuestra posición teórica. El 540, relativo a la constitución de las servidumbres que no pueden adquirirse por prescripción, dispone que la falta de título únicamente puede ser suplida - por la escritura de reconocimiento del propietario del fundo sirviente o "por una sentencia firme". Esta expresión da materia suficiente para poder afirmar, en doctrina general, que la constitución de una servidumbre por sentencia se produce con la cosa juzgada formal de ésta. Para la hipótesis de sentencia modificativa, citamos el número 3º del artículo 200, según el cual están sujetos a tutela "los que por sentencia firme hubiesen sido declarados pródigos". Nos parece innecesario comentar el claro sentido de esta norma. Por último, y correspondiente a una hipótesis de sentencia extintiva, reparamos en el artículo 70, que con la expresión "ejecutoriada la multitud del matrimonio" señala el presupuesto necesario para que tengan efectividad las alteraciones en la situación de los hijos que su texto dispone. Creemos que el concepto de ejecutoriedad de la sentencia de que se trata debe entenderse en el sentido de firmeza, de acuerdo con el último párrafo del artículo 369 de la LEC., que define como ejecutoria el documento

solemne en que se consigna una sentencia firme. Por tanto, el espíritu de este artículo fundamenta la tesis de que el fenómeno constitutivo que implica la sentencia declaratoria de la nulidad del matrimonio (en el sentido que nosotros lo hemos explicado) se produce con la cosa juzgada formal de ésta, razón por la cual se producen desde entonces, por la dicción expresa del artículo, los efectos jurídicos secundarios representados por las indicadas alteraciones en la situación de los hijos.

Ahora bien: ¿habría un aplazamiento excepcional de ese comienzo del efecto constitutivo respecto al momento de la firmeza de la sentencia, con el que conceptualmente coincide en circunstancias normales? A nuestro juicio, no habría inconveniente en admitir en algunos casos de sentencia constitutiva la posibilidad de una pretensión en la que se pidiese sólo una constitución condicional, - susceptible de actualizarse en cuanto se produjese la situación de oposición jurídica fundamentadora de la acción. Así, por ejemplo, podría un cónyuge pedir el divorcio para el caso de que continuasen los malos tratos que afirma como fundamento de su pretensión. Igualmente, sería concebible y hasta útil que la sentencia constitutiva de la situación jurídica definitiva proyectada en el contrato preliminar incumplido hiciese depender su efecto peculiar de que el demandado vencido se resistiese durante un cierto plazo a prestar su actividad para la constitución jurídica a que se comprometió; ello, igualmente a petición del demandante. En tales casos, bastaría un acreditamiento suficiente, ante el Tribunal, de la persistencia de la oposición jurídica, para que el efecto constitutivo se actualizase.

Nuestro Derecho positivo no nos ofrece ninguna norma en la que se autorice una pretensión de este estilo. Únicamente encuentramos

nos una singularísima disposición que puede ser interpretada a favor de la posibilidad de una sentencia constitutiva aplazada con independencia del contenido de la pretensión y con calidad de satisfacción positiva atenuada de ésta. Nos referimos a la norma - del párrafo tercero del artículo 1124 del Código Civil, a tenor - del cual el Tribunal decretará la resolución de la obligación " a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo" (1).

2. El segundo tema propuesto se refiere a la extensión temporal del efecto jurídico definidor de la sentencia constitutiva. - Dentro de él debemos distinguir un punto de vista real y un punto de vista ficticio, y considerarlos separadamente.

A. En rigor, la sentencia constitutiva, lo mismo que las demás, el propio de cada una, produce su efecto innovativo característico hacia el futuro. Aunque en ocasiones una situación jurídica que ha existido hubiera debido no existir, o viceversa, la verdad es que ningún medio humano puede impedir o anular lo ya sucedido. Por muy graves consecuencias que tenga, por ejemplo, la sentencia que declara la nulidad del matrimonio, lo único que puede hacer es destruir la situación jurídica material -en los casos en que haya existido, de acuerdo con la doctrina que exponemos en su lugar- para lo sucesivo, pero de ninguna manera borrar el hecho de su precedente existencia.

Esto supuesto, la principal cuestión que nos presenta la afirmación de este sentido real en la proyección existencial del efecto constitutivo de nuestra sentencia, es la concerniente a la limitación o ilimitación de dicha existencia. Con otras palabras:

(1): V. CRISTOFOLINI: Efficacia della sentenza nel tempo en Rivista di Dir. Process., 1939, pag. 121

al afirmar que la sentencia constitutiva hace nacer ex novo una situación jurídica material, imprime nueva fisonomía en una situación jurídica que preexistía o produce un vacío jurídico donde había una situación jurídica, hemos de preguntarnos inmediatamente si cada uno de estos fenómenos, tendrá, a partir de la decisión jurisdiccional, una existencia limitada o ilimitada. Bien entendido, que planteamos la cuestión no en términos absolutos -pues en este sentido toda situación jurídica termina alguna vez, al menos por la desaparición de alguno o todos los sujetos afectados en ella-, sino relativos, es decir, presuponiendo la persistencia de los sujetos y objetos y la posibilidad de las actividades correspondientes a la situación jurídica, creada, modificada o extinguida.

Así comprendida la cuestión, le damos respuesta diciendo, en primer lugar, que el vacío jurídico creado por toda sentencia constitutiva extintiva es en principio, por la propia naturaleza del fenómeno jurisdiccional, ilimitado. Lo mismo sucede con la modificación jurídica producida por las sentencias constitutivas tocantes al llamado estado civil de las personas (por ejemplo, la sentencia de incapacitación y la de divorcio). La sentencia no resuelve el contrato, o anula el matrimonio, o priva de la herencia por indignidad, etc., durante cierto tiempo, pasado el cual se restablecería la situación jurídica afectada, sino que por su propia fuerza introduce una modificación permanente en el mundo de las situaciones jurídicas. En cambio, en relación con las sentencias constitutivas estrictas, la naturaleza del acto jurisdiccional instaure o puede instaurar perpetuamente la situación jurídica de que se trate sólo en cuanto ésta, por su propia naturaleza, sea o pueda ser una situación permanente. Así, la ilimita-

la existencia, en condiciones normales, de la servidumbre de paso constituida por una sentencia, reposa ciertamente en la fuerza creadora del acto de voluntad estatal que la instituyó, pero ello es así en razón de la naturaleza permanente de la expresada servidumbre. Cosa similar puede decirse a propósito de la sentencia constitutiva de retracto, en cuanto transfiere la propiedad de una cosa.

El complemento de estas observaciones nos lo proporciona la consideración de los casos en que la situación jurídica (o la especial forma que ha tomado con la modificación) o el vacío jurídico tiene una duración limitada. Ello sucede o puede suceder en virtud de estas razones:

a) La vida limitada que, por razón de su naturaleza, tenga la situación jurídica creada o modificada. La situación jurídica obligacional constituida procesalmente para que se realice el intercambio de cosa y precio proyectado en el incumplido contrato preliminar de compraventa, se agota en cuanto ese intercambio se verifica, para dar lugar al nacimiento de las correspondientes titularidades jurídicas nuevas sobre los bienes. El pago de los honorarios del Abogado modificados en su cuantía supone, igualmente, el fenecimiento de la situación jurídica resultante de la modificación jurisdiccional.

b) Un acto de voluntad por el cual los sujetos que fueron parte en el proceso acuerden resolver la situación jurídica creada o modificada por la sentencia, o reproducir la que ésta eliminó, sin necesidad de otro requisito aparte de su conveniencia. Por ejemplo: las partes civiles de una situación jurídica arrendaticia creada por sentencia convienen en poner fin a la misma; las

partes que fueron en el proceso revocatorio de una donación celebran un nuevo contrato de donación de la misma cosa; los cónyuges del matrimonio declarado nulo por defecto de consentimiento e impedimento dispensable celebran un nuevo acto para la restauración de la situación matrimonial.

e) Un acto similar de voluntad por parte de los sujetos directamente afectados por la sentencia, pero ligado a una cierta conducta del Órgano que dictó ésta, por prescripción expresa de la Ley. A esta hipótesis corresponde (es el único supuesto que podemos citar) la restauración de la plena situación jurídica matrimonial modificada por la sentencia de divorcio, en virtud de la reconciliación de los cónyuges. El artículo 74 del Código Civil establece esta ordenación, disponiendo -con dición no muy perfecta, por cierto- que "la reconciliación pone término al juicio de divorcio y deja sin efecto ulterior la sentencia dictada en él; pero los cónyuges deberán poner aquélla en conocimiento del Tribunal -que entienda o haya entendido en el litigio". La conjunción de la decisión de las partes -la reconciliación- y la constancia de la misma es la causa total de la restauración indicada.

d) El pronunciamiento de una nueva sentencia que, a causa de un cambio operado en las circunstancias de hecho que dieron base a la constitución jurisdiccional -en casos en que la persistencia del efecto constitutivo está justificada en tanto en cuanto se mantienen idénticas las expresadas circunstancias-, remueve el estado de cosas creado por la primera sentencia, restableciendo el que existía con anterioridad a la misma. De esta hipótesis nos ocuparemos al tratar de los límites temporales de la cosa juzgada en

la sentencia constitutiva.

B. El punto de vista ficticio dentro del tema de la extensión temporal de los efectos jurídico-materiales directos de la sentencia constitutiva, es el implicado en el concepto de la llamada eficacia retroactiva de algunas manifestaciones de ésta. Dicho concepto nace de una actitud teórica consistente en suponer producido el efecto constitutivo en un momento anterior al de la sentencia, con el fin de explicar ciertos efectos indirectos de ésta. Como escribe acertadamente CARNELUTTI, el hecho de que el efecto constitutivo se entienda acaecido en un momento anterior a aquél en que la decisión se pronuncia, "no significa que se pueda cambiar lo que ya ha sucedido o que se finja su cambio, sino que se establecen para el futuro efectos distintos de los que se darían si la modificación se refiriese al momento del pronunciamiento, a saber: efectos idénticos a los que se habrían producido si la decisión hubiese sido pronunciada en el momento anterior" (1).

Los indicados efectos indirectos cuya especialidad el concepto de la retroactividad explica de manera figurativa, consisten en la extinción o la posibilidad de extinción de ciertas situaciones jurídicas derivadas de la que la sentencia modifica o extingue directamente. Al examinar después diversos casos de sentencia constitutiva retroactiva comprobaremos la exactitud de este concepto.

Aclarado de este modo el significado real de esa supuesta producción de efectos hacia el pasado o desde un momento anterior

(1). Sistena, trad. esp., t. I, pág. 339.

al de la firmeza, en algunas sentencias constitutivas, utilizamos nosotros también, por comodidad de lenguaje, el concepto de sentencias constitutivas con efecto directo retroactivo (sentencias con efectos ex tunc, como se las denomina en la doctrina) para contraponerlo al de sentencias constitutivas con efectos ex nunc, como se conoce doctrinalmente a las que no producen esos especiales efectos indirectos para el futuro.

Esta contraposición es una nota tónica en los escritos jurídicos dedicados a la teoría de la sentencia constitutiva, si bien ha habido alguna que otra discordancia, que, cuando no es debida a una negligencia de observación en el autor, es una consecuencia lógica de las especiales premisas conceptuales de que parte. Nosotros vamos a recoger sólo algunas ideas interesantes por su significación puramente doctrinal, prescindiendo de las cualificaciones que algunos autores extranjeros hacen, valiéndose de esta dualidad de caracteres por razón de los efectos, de algunos casos de sentencia constitutiva con apoyo en las normas propias del Derecho positivo cuyo material utilizan.

Para HELLWIG no existe ninguna diferencia procesal según — que la constitución jurídica que realiza el Juez, y que tiene lugar con la firmeza de la sentencia, se produzca sólo desde este momento o "retroactiva" (permítasenos la palabra, pues la consideramos necesaria) a otro anterior (1). En consecuencia, al tratar de los efectos de la sentencia constitutiva y citar diversos supuestos de la misma en el Derecho alemán, los clasifica según que

(1) Cfr. Lehmann I, pág. 48.

dichos efectos se produzcan ex nunc o ex tunc (1).

RISCH, al restringir el campo de las sentencias constitutivas, distinguiendo de ellas las resolutivas y las fijativas o de terminativas, señala como dato conceptual de las primeras el producir sólo efectos ex nunc. Porque tendiendo normalmente a la modificación de una situación jurídica existente (con sus propias ideas y expresiones, con las cuales puede suponerse que no estamos totalmente de acuerdo) y produciéndose esta modificación por obra de la sentencia, es lógico afirmar que ésta opera normalmente desde su fecha. El efecto jurídico, "por cuanto precisamente es creado por la sentencia, data solamente de ésta" (2). No obstante, admite la posibilidad de que por disposición expresa de la Ley el efecto innovativo se retrotraiga a un momento anterior, y aun cita algún caso dentro del Derecho alemán (3). Pero ello no es de ningún modo esencial al concepto puro de las sentencias -- constitutivas, como lo es al de las que él llama resolutivas, -- pues dada la peculiar función de éstas (4); la ineficacia jurídica certificada en ellas "puede en adelante ser hecha valer también respecto al tiempo anterior a su pronunciamiento", haciéndose con ello desaparecer la apariencia de efectos jurídicos creada por aquella imposibilidad inicial de alegar. La construcción

(1) Cfr. págs. 237 y ss.

(2) ~~Rechtsprechung zur Urteilslehre~~, pág. 76.

(3) Cfr. pág. 77.

(4) Que, consiste para el autor en que, al declarar cierta la ineficacia inicial de un cierto acto, hacen posible su alegación, que con anterioridad a la decisión procesal estaba impedida. V. op. cit., págs. 86 y ss.

doctrinal que así resulta le parece preferible a la que resultaría de adoptar la tesis de la sentencia constitutiva, pues ésta forzaría a considerar como existentes los efectos del hecho defectuoso, para verlos después extinguidos con la fuerza retroactiva de la sentencia. Estima más ajustado, por el contrario, a la realidad de las cosas, entender que aunque se hayan producido apariencias de efectos, "fenómenos reflejos" o "fantasmas jurídicos", los efectos jurídicos propiamente dichos no han existido y, por tanto, la sentencia no los extingue (1).

Es este intento de afirmar la singularidad diferenciada de las sentencias resolutivas frente a las constitutivas la auténtica razón de que se niegue conceptualmente a éstas la posibilidad normal de que produzcan efectos retroactivos, puesto que los más característicos casos de sentencia constitutiva con eficacia ex tunc corresponden a supuestos de hecho que según KISCH determinan sentencias resolutivas (impugnación de acuerdos sociales, nulidad del matrimonio, indignidad para suceder, etc.), es decir, todos aquellos que implicando la defectuosa constitución de una situación jurídica la ponen bajo la amenaza de su eliminación jurisdiccional.

La verdad es que ese intento de KISCH ha quedado doctrinalmente fallido, pues tanto en la teoría del Derecho Civil como en la del Derecho Procesal prevalece con general aceptación el criterio de que, salvo en los casos en que la ineficacia de un acto o negocio jurídico es radical y los particulares interesados pueden hacer valer directamente la inexistencia de la situación jurídica que se pretendió crear con el mismo, los vicios de los contratos, del matrimonio, de los acuerdos de una sociedad, del acto de adquisición de una herencia por un indigno, etc., no obstan al nacimiento

(1) Cfr. sobre estos puntos la pág. 90 de la citada obra.

te de la correspondiente situación jurídica, sino que sólo hacen cernirse sobre ella, por un espacio mayor o menor de tiempo, el riesgo de que un acto jurisdiccional decisorio la destruya con eficacia retroactiva, es decir, removiendo para el futuro todas las consecuencias que en el pasado (antes de la sentencia) hubieran derivado de algún modo de la misma. Pese a las pretensiones de KISCH, esta doctrina es más conforme a la realidad de las cosas que la suya, científicamente enfermiza por la asonante de los dos conceptos clave de la misma: la inexistencia absoluta de una situación jurídica, que sólo se puede hacer valer después que una sentencia la haya certificado, y el carácter aparente, reflejo e fantasmal de los efectos que esa circunstancia haya provocado.

Por ello, la doctrina procesal ha mantenido, tanto en Alemania como en otros países, la inicial distinción entre sentencias constitutivas ex nunc y ex tunc. GOLDSCHMIDT escribe que no hay razón para reconocer naturaleza constitutiva sólo a las sentencias que producen efectos ex nunc (1). ROSENBERG y SCHÖNKKE clasifican igualmente los casos de sentencia constitutiva según las dos posibilidades de eficacia.

En la doctrina italiana, OHIOVENDA, el autor que hizo la primera construcción formal de la sentencia constitutiva en su país, aceptó claramente la dualidad de que tratamos, precisando que los efectos de la sentencia pueden retrotraerse a un momento anterior al de su pronunciamiento, como el del pronunciamiento no defini-

(1) Cfr. Derecho Procesal Civil, trad. PRIETO-CASTRO, pág. 112.

tivo, el de la demanda o el de nacimiento de la situación jurídica que con la sentencia cesa (1). CRISTOPOLINI, en el artículo ya citado, sigue la misma línea doctrinal, señalando el momento de constitución de la situación jurídica y el de presentación de la demanda como términos de la retroacción posibles en las sentencias que la producen y adscribiendo de modo especial al grupo de estas sentencias las resolutivas de NISCH, o sea, todas aquellas que se dictan en satisfacción de una acción impugnatoria (2). Por último, y como dato bibliográfico más reciente, citamos a ZANZUCCHI, quien admite los dos mismos límites de retroacción que CRISTOPOLINI, tras reconocer igualmente constitutivas a las sentencias que poseen esta especial eficacia (3).

En la doctrina francesa, encontramos una interesante observación de MAZEAUD. Al enfrentarse con el tema de los efectos de la sentencia constitutiva en el tiempo, se opone al criterio de quienes afirman la eficacia retroactiva de las sentencias puramente declarativas frente a las constitutivas, argumentando con todo acierto que el efecto de la sentencia declarativa es igual que el de una ley interpretativa o el de un contrato declarativo: simple reconocimiento de una situación jurídica (estado jurídico dice él) anterior y no creación retroactiva de una nueva. En complemento de esta razón, afirma que sólo se puede hablar de retroactividad respecto a las sentencias constitutivas a las que por excepción atribuye la Ley un efecto anterior a su fecha (4).

(1) Cfr. Principios, I, 1922, pág. 217.

(2) V. Efficacia della sentenza nel tempo, en la Riv. Dir. Proc., 1935, págs. 315 y ss.

(3) V. Diritto Processuale Civile, 1935 pág. 145.

(4) Cfr. De la distinction des jugements declaratifs et des jugements constitutifs de droits, en la Revue Internationale de Droit Civil, 1919, pág. 42.

Enlazando con esta categórica manifestación del jurista francés, con la que concluye la reseña doctrinal que hemos ordo^e oportuno hacer, proseguimos nuestra propia exposición y reafirmamos - esta nueva clasificación bincubre de las sentencias constitutivas, según que por la especialidad de sus consecuencias jurídicas hacia el futuro pueda o no afirmarse ficticiamente que su peculiar efecto innovativo se retrotrae a un momento anterior al marcado - por la firmeza de la decisión. Ahora nos toca comprobar la exactitud de la explicación dada sobre la naturaleza real de ese supuesto efecto retroactivo, examinando algunos casos de sentencia constitutiva que en nuestro Derecho lo producen.

Dentro de nuestro Derecho positivo hay, en efecto, previstas ciertas formas particulares de sentencia constitutiva con eficacia ex tunc. La retroacción alcanza, según los casos, al momento de la demanda o al en que nació la situación jurídica modificada o extinguida, fundamentalmente. Desde luego, se trata siempre de supuestos de sentencia modificativa o extintiva, nunca de constitutivas stricto sensu. Se comprende que así sea, puesto que la - sentencia de esa llamada retroactividad consiste, como hemos dicho antes y ahora vamos a constatar, en un cierto golpe indirecto que la sentencia inflige a determinadas consecuencias jurídicas - que de algún modo surgieron de la situación jurídica sobre la que recae el impacto directo de la sentencia; con la particularidad - de que el interés del actor al interponer la pretensión no se limita a obtener el efecto modificativo o extintivo directo, sino - también -y a veces más decisivamente- a combatir esas consecuencias jurídicas producidas con anterioridad a la sentencia. En cambio, en los casos de constitución estricta, ni se puede hablar de consecuencias precedentes de la situación jurídica que se consti-

tuye -puesto que ésta nace con la sentencia-, ni el interés del demandante se extiende normalmente a otra cosa que a obtener esa instauración jurídica. ¿Qué sentido tendría, en verdad, entender que el contrato definitivo, o mejor dicho, la situación jurídica definitiva existe desde el momento en que debió cumplirse el precontrato? Al actor perjudicado lo que en definitiva le interesa es lograr la situación práctica que hubiera resultado del contrato definitivo y que podrá conseguir a consecuencia de la constitución de la sentencia: disposición de la cosa como propietario o arrendatario, etc.; y la verdad es que la sentencia no puede hacer (lo cual sí sería una auténtica retroactividad) - que esa consecuencia práctica exista desde un momento anterior a su fecha. Lo que sí puede es compensar el indebido perjuicio sufrido por el actor con la demora en lograr la repetida situación práctica, imponiendo al demandado la correspondiente indemnización; pero para explicar este efecto jurídico anejo de la sentencia (que por lo demás era fuera del campo conceptual de la constitución, pues pertenece al de la condena) es completamente inútil el ficticio mecanismo lógico de la retroactividad. Lo mismo puede decirse respecto al supuesto de constitución de una servidumbre de paso. En cambio, en la sentencia de retrato sí cabría ver un cierto efecto retroactivo en relación con la adquisición de los frutos por el retrayente. Aunque el Código Civil nada dice sobre este tema al regular el retrato legal, parece de justicia estimar que la sentencia le da derecho a percibir los frutos producidos por la cosa desde el momento en que el demandado debió prestarse a transferir la propiedad de ésta (cuando se ejerció extrajudicialmente el derecho potestativo de adquisición -si se estima necesario este acto privado de reclamación- o al menos

desde la interposición de la demanda), con la obligación, desde luego, de reembolsar al demandado los gastos que hubiera hecho para su producción (artículo 1518 del Código Civil, en relación con el 1525). La retroacción de la sentencia consistiría aquí - en obligar al demandado a la entrega de dichos frutos, mediante la ficción de que nunca los adquirió, pues en virtud de la sentencia se consideraría propietario de la cosa al retrayente desde un momento anterior a la producción de los mismos. Pero lo que en rigor ocurriría es la pérdida de la propiedad de los repetidos frutos a consecuencia de la pérdida de la propiedad de la cosa, en que consiste el efecto directo de la sentencia de retracto. Bilo, a menos que se entendiese dirigida la pretensión a retraer el todo formado por la cosa y sus frutos, pues entonces no se daría más que un sólo efecto constitutivo directo. Pero esta interpretación sería incorrecta, cuando se tratase de frutos aparecidos después de la pretensión durante el transcurso del proceso. Es preferible por ello mantener la primera teoría. Reiteramos nuestra convicción de que, a pesar del silencio legal, se puede justificadamente defender esa forma de retroactividad de la sentencia de retracto; al menos, por la razón que aduce GARNELUTTI al tratar de los efectos de la sentencia constitutiva en el tiempo: "la conveniencia de eliminar el daño consiguiente a la duración del proceso" (1).

Pero admitir esta posible retroacción en la sentencia de retracto no supone contradecir nuestra afirmación anterior de que la eficacia ex tunc sólo cabe en las sentencias modificativas y extintivas, no en las constitutivas estrictas. Bien es verdad que

(1). Sistema de Derecho Procesal, I, pág. 340.

nosotros incluímos sistemáticamente dicha sentencia dentro de las del grupo últimamente citado (1); pero hay que observar - que en ella concurren los caracteres de extintiva y constitutiva, por cuanto la creación de una situación jurídica que - con ella se opera presupone la eliminación de otra anterior, definida por la propiedad del demandado sobre la cosa objeto del litigio. Pues precisamente porque con ella se produce la extinción de esa situación jurídica anterior puede hablarse - de retroactividad de su efecto innovativo, designando con ello en realidad, tal como hemos indicado, la eliminación de una situación jurídica derivada de esa que directamente se extingue (o sea, la eliminación de la propiedad de los frutos, según la hipótesis que hemos contemplado).

Dentro de la clase de las sentencias que modifican una situación jurídica, encontramos una que tiene legalmente atribuída de manera clara una manifestación de esa especial eficacia que figurativamente explicamos con el concepto de retroacción. Se trata de la sentencia de incapacitación por prodigalidad, - que, a tenor de la norma del artículo 226 del Código Civil, determina el nacimiento de un derecho de acción para impugnar - los actos realizados por el pródigo después de la demanda de interdicción. Como se ve, la idea de eficacia ex tunc encubre aquí como fenómeno real, no la destrucción hacia el futuro, si no la posibilidad de eliminar en el futuro la situación jurídica que hubo nacido válidamente en el pasado en virtud de un acto realizado por el pródigo en el ejercicio de su capacidad de obrar, aún no modificada por la sentencia.

(1) V. la segunda Sección de esta primera parte.

Aunque el Código no contiene una norma similar para el caso de la incapacidad por locura o sordomudez, nos parece defendible afirmar la impugnabilidad de los actos (que habría que considerar válidos, según nuestra doctrina) realizados por el demandado entre el momento de la sentencia definitiva de incapacidad, aun no firme, y aquel en que adquiere esta condición. Admitir esta tesis no significaría considerar producida la incapacidad con la sentencia no firme (lo cual, de ser cierto, debería hacer inmediatamente impugnables los actos realizados por el loco en el indicado espacio de tiempo; cosa inadmisable, pues en un proceso ulterior sólo se podría hacer valer la incapacidad del loco después de la firmeza de la sentencia declaratoria de la misma), sino reconocer a la sentencia firme una eficacia retroactiva respecto al momento de su pronunciamiento no definitivo.

Es en el campo de las sentencias constitutivas extintivas donde se dan frecuentes fenómenos de retroactividad. Nosotros señalaremos solamente algunas manifestaciones características de los mismos.

Las sentencias dictadas para la revocación de las donaciones por incumplimiento de condiciones o por ingratitud producen efectos retroactivos con diversa extensión. En relación con los frutos, la sentencia no sólo determina la extinción de la propiedad de los adquiridos con posterioridad a la interposición de la demanda (artículo 651, 1º del Código Civil) si la causa de la revocación ha sido la ingratitud. Si ha sido el incumplimiento de condiciones, la retroacción alcanza en este sentido hasta el momento en que dejó de cumplirse la condición (artículo 651, 2º). En cuanto a las hipotecas constituidas sobre la cosa donada, si la sentencia revoca la donación por ingratitud, ocasiona sin excepción la extinción

de las establecidas con posterioridad a la anotación de la demanda de revocación en el Registro de la Propiedad (artículo 649). Si la revocación se promueve por incumplimiento de cargas, la sentencia determina la desaparición de las impuestos por el donatario desde que adquirió la propiedad de la cosa, pero dentro de los límites señalados por la Ley Hipotecaria (artículo 647 del Código Civil, y párrafo 2º, y artículo 37 de la Ley Hipotecaria).

Las sentencias de disolución de las sociedades no ejercen ninguna retroacción, puesto que el propio concepto de disolución presupone la validez plena y la intangibilidad de las consecuencias derivadas de la situación jurídica a la que se refiere. Lo mismo sucede normalmente con las resolutorias estrictas (artículo 1124 del Código Civil), en el supuesto de que ninguna de las partes haya realizado aún su prestación, aunque una de ellas hubiera debido cumplirla. Si el actor del proceso resolutorio hubiese, por el contrario, cumplido ya la prestación que le incumbía, podrá haber lugar, al resolverse -o más bien revocarse- la situación jurídica derivada de dicho cumplimiento a favor del demandado, al cesamiento de fenómenos de eliminación retroactiva, en relación con las sucesiones, adquisiciones de frutos, establecimiento de cargas o gravámenes, etc., etc.. Siempre, claro está, con las limitaciones que impongan las garantías registrales a favor de los terceros de buena fe.

Las siguientes sentencias extintivas: nulación y rescisión de los contratos, invalidación de acuerdos sociales, nulación de matrimonio, declaración de indignidad sucesoria, son todas susceptibles de ocasionar estos efectos extintivos indirectos que, por afectar a situaciones jurídicas nacidas con anterioridad a la cosa juzgada formal, nos explicamos ficticiamente con el concepto

de retroactividad del efecto directo. Hagamos unas ligeras indicaciones sobre estos efectos especiales.

Para los casos de anulación y rescisión de contratos y declaración de indignidad, baste con remitirnos a los artículos del Código Civil que determinan las consecuencias mediatas de la invalidación o extinción (artículos 1303 -anulación-, 1295 -rescisión- y 760 -indignidad para suceder-, especialmente) y a las indicaciones antes hechas, al hablar de las sentencias revocatorias y resolutorias estrictas, sobre las situaciones jurídicas derivadas a que puede afectar la retroacción, puesto que normalmente son de la misma índole en todos los casos.

Para el caso de la sentencia anulatoria de un acuerdo de la Junta General de una Sociedad Anónima, pensemos en la enajenación de un bien de la Sociedad efectuada por un Órgano de la misma que fué designado indebidamente por el acuerdo impugnado. Al ser éste atacado y extinguirse, como efecto directo de la sentencia, la situación jurídica inherente a la función del Órgano indicado, - quedan truncadas las situaciones jurídicas que hubiesen derivado del ejercicio de esta función. Con la limitación, desde luego, que resulta de la segunda proposición del segundo párrafo del artículo 67 de la L. de S. A., que anteriormente hemos citado, tutela de los intereses de los terceros adquirentes de derechos a consecuencia del acuerdo impugnado.

Por último, a propósito de la sentencia anulatoria del matrimonio, podemos citar un interesante ejemplo de eficacia retroactiva de la misma. Supongamos que un cónyuge ha cometido adulterio y el otro presenta querrela contra él. Si el primero, una vez sometida la potestad jurisdiccional para la investigación y, en su caso, sanción del delito, interpone pretensión civil para obtener la an-

lidad del matrimonio y le es positivamente satisfecha, quedará troncada con ello la situación jurídica especial formada por la potestad y sumisión indicadas; situación que surgió como consecuencia de la existencia real o virtual (1) de la situación jurídica matrimonial, que en razón de la sentencia civil se tiene por no existida nunca.

II. EFECTOS JURIDICO-MATERIALES INDIRECTOS DE LA SENTENCIA CONSTITUTIVA.

Según dijimos al comienzo de nuestro estudio de los efectos de la sentencia constitutiva, citando palabras de GUASP, se entiende por efectos indirectos de cualquier sentencia aquellos que ésta produce actuando como otro hecho jurídico cualquiera. Por su especial función, son las sentencias constitutivas las que de una manera más normal y frecuente manifiestan esta peculiar virtualidad. El contenido de la misma consiste en constituciones, modificaciones y extinciones de situaciones jurídicas materiales, en paralelismo con la triple posibilidad de contenido de la eficacia jurídico-material directa.

Estas consecuencias jurídicas indirectas pueden afectar a las partes solamente, sólo a terceros o bien a unos y otros al mismo tiempo. En cuanto tocan a la esfera jurídica de las partes, les denominamos efectos accessorios o secundarios; en cuanto afectan a terceros, efectos reflejos. Seguimos con ello la sugerencia de ROSENBERG, que habla, respectivamente, de Neben-

(1). V. la Segunda Sección de esta Primera Parte.

virtudes y Reflexvirtudes (1). Tomando como pauta expositiva estos dos conceptos, vamos a indicar diversas manifestaciones de esa eficacia indirecta de nuestra sentencia.

Efectos secundarios.— Correspondientes al concepto de constitución estricta, señalamos estos casos:

—Derechos adquiridos por el actor en virtud de extinciones indirectas ocasionadas por la sentencia; por ejemplo, sobre los frutos y acciones, en las sentencias anulatorias, revocatorias, etc.

—Adquisición de un derecho a suceder abintestato a uno de los cónyuges, por parte del tercero que impugnó el matrimonio, al desaparecer la preferencia del otro cónyuge.

—Adquisición del ius hereditatis por el actor en el proceso para la declaración de indignidad, si es él el llamado inmediatamente después a la sucesión.

Como supuestos de modificación jurídica, los siguientes:

—Alteraciones en los derechos de los padres con respecto a los hijos a consecuencia de la sentencia de nulidad del matrimonio: artículo 70 del Código Civil.

—Recuperación de su pleno estado jurídico de capacidad por la mujer a consecuencia de la anulación del matrimonio.

Y, por último, como fenómenos de extinción jurídica, nos remitimos a los que hemos observado al estudiar el tema de la retroactividad de algunas sentencias constitutivas: pérdida de

(1) Cfr. Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, 1934, pág. 688.

frutos y acciones, eliminación de situaciones contractuales, etc.. Añadamos el supuesto de extinción de la fianza como consecuencia de la resolución de la obligación principal.

Efectos reflejos.- Casos de constitución estrictas:

-Adquisición del derecho a la herencia por un sujeto que no intervino como parte en el proceso de indignidad.

-Adquisición de derechos por terceros interesados, por efecto de la declaración de nulidad del matrimonio pedida por uno de los cónyuges.

De modificación:

-Aumento proporcional de la cantidad a cobrar por los acreedores en concurso o quiebra por efecto de la anulación de un crédito de la masa pasiva obtenida por los Síndicos.

De extinción:

-Terminación de la tutela en virtud de la recuperación de la capacidad por el loco, sordomudo o pródigo.

-Cualquiera otra pérdida de estados jurídicos por los terceros a consecuencia de la eficacia retroactiva de las sentencias que la poseen: hipotecas, créditos, frutos, etc.

III.- EFECTOS JURIDICO-PROCESALES DE LA SENTENCIA CONSTITUTIVA.

Al hacer el bosquejo inicial de los efectos de nuestra sentencia, anunciamos que nuestro estudio de los de signo procesal se centraría sobre el tema de la cosa juzgada material de la misma.

ma , dejando al margen el de la cosa juzgada formal o inatacabilidad directa de la decisión, según la expresión de GUASP (1), por no presentar éste en el tipo de sentencia que da objeto a nuestro trabajo ninguna particularidad diferencial. Al problema de la autoridad de esta sentencia van, por ello, fundamentalmente dedicadas las consideraciones e indicaciones que exponemos a continuación. Decimos fundamentalmente, porque aludiremos también brevemente a la eficacia de la sentencia constitutiva como medio de prueba en un proceso ulterior.

1. No existe unanimidad en la doctrina procesal ante la cuestión inicial de si la sentencia constitutiva es susceptible de adquirir la fuerza de cosa juzgada material, ni, presupuesta la solución afirmativa, ante el segundo problema de la exacta delimitación del objeto sobre que recae esta especial eficacia.

Predomina, desde luego, por lo que respecta a la primera de esas dos cuestiones, la posición favorable al reconocimiento de dicha eficacia. Desde los orígenes de la teoría de la sentencia constitutiva, ha encontrado este concepto clara y terminante afirmación. HELLWIG traza un paralelismo total entre la sentencia condenatoria y la constitutiva, diciendo que lo mismo que ésta, al formular el mandato de prestación (en que consiste la condena, según sabemos, para la doctrina alemana dominante), certifica el derecho a ella, la sentencia constitutiva contiene la certificación (recuérdese que con esta palabra traducimos la alemana Feststellung) de que el derecho del demandante a la modificación jurídica en cuestión ha existido al tiempo de los últimos debates. Es

(1). Cfr. Derecho Procesal Civil, pág. 594.

te contenido certificativo es susceptible de cosa juzgada material, y debe ser distinguido de la producción de la modificación jurídica, la cual tiene lugar con la cosa juzgada formal (1).

Idéntica doctrina defiende KISCH. La cosa juzgada material -dice- "es común a todos los tipos de sentencia, y tiene en todos la misma significación; la autoritaria certificación de una relación jurídica, de tal manera que no puede ser ya puesta en duda con éxito en un proceso ulterior" (2).

Esta línea doctrinal es refrendada en la Ciencia procesal germana por DOELLE, en un artículo expresamente dedicado al tema de que nos ocupamos. En él afirma con neta precisión que el fin del instituto de la cosa juzgada material estriba, como generalmente se reconoce, en "certificar con fuerza vinculante si la afirmación de un derecho formulada por el actor es exacta o no; en acabar por este medio con la disputa entre las partes y en garantizar la seguridad jurídica en relación con esta cuestión, al menos entre las partes" (3). "Si se admite esto -continúa-, se debe reconocer también que a las sentencias constitutivas corresponde, como a las demás, tal función certificativa" - (4).

Entre los autores italianos es normal esta misma doctrina. CHIOVENDA siguió en la materia de que tratamos la misma concepción de HELLWIG, manifestando que la cosa juzgada se produce en la sentencia constitutiva lo mismo que en las demás, afirmando

(1). Cfr. Lehmann, I, pág. 48.

(2). Rechtsgut über Urteilsgut, pág. 78.

(3). Cfr. Die rechtliche Bedeutung der Gestaltungsurteile, en Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess, 1941, pág. 239.

(4). Ibidem.

al acto del Juez en cuanto afirma o niega la voluntad de ley de que el nuevo estado jurídico se produzca (1). ZANZUCCHI sigue exactamente a CHIOVENDA en este punto (2). Igualmente, RASELLI afirma que la cosa juzgada se da en estas sentencias en cuanto contienen una certificación sobre la existencia del derecho al cambio jurídico en relación con una determinada causa petendi (3).

Pero es característica común a todos estos autores, al circunscribir la cosa juzgada material al primer elemento del contenido impositivo de la sentencia constitutiva, es decir, a la certificación del derecho constitutivo que asiste al demandante, excluir de la misma explícita o implícitamente (véanse dichos autores en los lugares citados) el segundo elemento del mismo, o sea, la producción del efecto constitutivo. Se trata de una posición teórica ampliamente difundida, cuyo origen se remonta a la doctrina general de HELLWIG sobre la cosa juzgada material. Según esta doctrina (4), la cosa juzgada consiste, en todas las sentencias, en la fuerza vinculante de una declaración de certeza, tanto si ésta se presenta sola -así en las sentencias puramente declarativas- como si va acompañada de un efecto de innovación jurídica. Este último carácter es común a las sentencias condenatorias -en cuanto dan nacimiento a la situación jurídica procesal implicada por el título ejecutivo- y a las constitutivas -en cuanto producen una modificación en el mundo de las situaciones jurídicas materiales. En todo caso, ese efecto innova

(1). Cfr. Principios, I, pág. 218.

(2). V. Diritto Processuale Civile, pág. 146.

(3). Cfr. La sentenza costitutiva, etc., en los Escritos en honor de CARNELUZZI, pág. 298.

(4). Tomamos la referencia de LIEBMAN: Eficacia y autoridad de la sentencia, págs. 34 y 35.

tivo, en cualquiera de sus manifestaciones, nada tiene que ver con la cosa juzgada, absolutamente superflua para que el mismo pueda producirse. Esta misma es la doctrina de GOLDSCHMIDT, que expone de una manera rotunda conclusiones idénticas. Entiende que la fuerza de la cosa juzgada material de una sentencia "re side en sus efectos de constatación, de tal modo que el Juez - está ligado, en todo proceso futuro que se promueva, a la decisión contenida en la sentencia" (1), pues su objeto es "la declaración de que lo alegado en la demanda o la reconvencción - tiene o no la consecuencia jurídica pretendida en aquélla o ésta por el autor o el actor por reconvencción, según la individualización jurídica dada a la alegación por el Juez" (2). Delimita después negativamente su concepto, afirmando que "la cosa juzgada debe distinguirse, además de otras cosas que indica, el efecto ejecutivo de las sentencias condenatorias y el efecto jurídico-material típico de las sentencias constitutivas" (3).

Consecuencia de esta concepción es considerar el efecto ejecutivo y el constitutivo propiamente dicho como producidos ~~grax~~ ~~grax~~, en razón de la propia naturaleza del acto de voluntad - que los origina, lógicamente apoyado sobre la previa certificación caracterizada por la fuerza de cosa juzgada material (4).

Los autores en general centran la atención sobre este punto de la producción ineludible y frente a todos del efecto de innovación jurídico-material que tipifica la sentencia constituti-

(1). Derivado Procesal Civil, pág. 387.
(2). Pág. 388.
(3). Cfr. págs. 395-396.
(4). Cfr. LIEBMAN, pág. 38 de la ob. cit.

vay en virtud del acto decisorio que ésta entraña. Pero, sobre esta base inicial común, se manifiestan entre ellos dos direcciones teóricas absolutamente contrapuestas entre sí y que a su vez se oponen, respectivamente, desde ángulos diversos, a la doctrina primigenia sobre el tema de la cosa juzgada en relación con esta sentencia. Tales direcciones teóricas son las de quienes niegan a la sentencia constitutiva la fuerza de cosa juzgada material y la de quienes reconociéndosela la extienden también al propio efecto constitutivo.

a. Ciertos escritores reducen la significación de la sentencia constitutiva a la estricta decisión jurisdiccional que origina el efecto de innovación jurídico-material, estimando que éste surge con pleno valor erga omnes sin que para ello sea preciso que aquélla posea la calidad de cosa juzgada material. DOELLE cita las opiniones de LENT y de BOETTICHER, quienes en sustancia vienen a afirmar la perfecta validez del pronunciamiento judicial, por su propia naturaleza, para la generación del efecto constitutivo, sin necesidad de que para la ineludible existencia de este efecto deba dicho pronunciamiento implicar la indiscutible afirmación declarativa (Feststellung) de que se ha producido. Por ello, la cosa juzgada material parece de objeto en las sentencias constitutivas; es respecto a ellas algo enteramente superfluo (1). En el pensamiento de estos autores, la sentencia constitutiva consiste meramente en el pronunciamiento de la innovación jurídica, previa apreciación de los presupuestos de la misma afirmados por el actor. En la misma opinión se

(1). V. DOELLE: Die rechtliche Rechtskraft, etc., cit., pág. 283.

sitúa SCHÖNKE, puesto que después de expresar que el efecto constitutivo de estas sentencias es diferente de la cosa juzgada material, manifiesta que "tales sentencias producen un hecho y no contienen un fallo sobre la acción ejercitada, produciendo el Tribunal la modificación jurídica solicitada en cuanto estima la demanda (1). Desde su propio punto de vista, llega ROSENBERG a una conclusión equivalente. Como vimos en su momento, la sentencia constitutiva es para este autor, una vez que ha adquirido la condición de firme, un supuesto de hecho al cual, exclusivamente o junto con otros, ligan las normas del Derecho objetivo la modificación jurídica. La actividad del Juez en ella, consiste, lo mismo que en las demás sentencias, en subsumir el concreto supuesto de hecho preexistente bajo la norma abstracta, apreciando, en caso de coincidencia, la existencia del derecho constitutivo invocado por el actor; consiguientemente, en declarar fundada la demanda, dando con este lugar a que por la fuerza de las normas jurídicas se produzca el efecto constitutivo y poniendo con ello fin a la existencia del mencionado derecho constitutivo (2). Posteriormente, al tratar del tema general de la cosa juzgada, dice que aunque el derecho a la modificación jurídica podría ser objeto de una declaración vinculativa de certeza, como tal derecho se agota al ser actuado por la sentencia estimatoria, no tiene lugar ni es necesaria una certificación del mismo con fuerza de cosa juzgada (3).

b. Antípoda de esta dirección teórica negativa es, como he-

(1). Derecho Procesal Civil, trad. PRIETO-GASTRO, 1950, pag. 277.

(2). V. Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, 1954, pag. 387 donde expone las ideas esenciales de esta doctrina, -pues no la formula de una manera clara y precisa,

(3). Cfr. op. cit., pag. 688.

nos dicho, la que, reconociendo en la sentencia constitutiva dos elementos, una declaración de certeza y un acto generador del efecto constitutivo, extiende a ambos la fuerza de cosa juzgada material. Esta postura aparece en la exposición que LIEBMAN hace de su doctrina sobre la cosa juzgada en la obra que ya tenemos citada. Examinemos los puntos fundamentales del pensamiento de LIEBMAN.

Puede considerarse tesis fundamental de su obra y concepto base de posteriores especulaciones, la afirmación de que la autoridad de la cosa juzgada no es el efecto o un efecto de la sentencia, sino una cualidad o modo de ser o de manifestarse sus efectos, cualesquiera que éstos sean, según las diferentes categorías de sentencias (1). Animado por esta convicción, se enfrenta con el problema que crea el planteamiento insatisfactorio para él- que la doctrina clásica hace de la eficacia de la sentencia, consistente en distinguir el efecto de cosa juzgada -como "creación de una irrevocable declaración de certeza", según las propias palabras de LIEBMAN- y los efectos ejecutivo y constitutivo que las condenatorias y las constitutivas producen (2). Remontándose a HELLWIG, el inicial definidor de la cosa juzgada material como un fenómeno de naturaleza procesal consistente en la fuerza vinculante de la declaración de certeza contenida en la sentencia, alza el grito contra esta que él considera "identificación de la declaración jurisdiccional de certeza con la autoridad de la cosa juzgada" y afirma terminantemente que "al efecto

(1). V. Eficacia y autoridad de la sentencia, trad. SEYMOUR MELENDO, 1945, pag. 11.

(2) V. págs. 11, 12, 13 de la obra cit.

constitutivo de una sentencia se podrá contraponer su efecto declarativo, esto es, su eficacia de declaración de certeza, no la cosa juzgada que deriva de esta declaración de certeza" (1). A continuación puntualiza su propia doctrina, diciendo que "en realidad, la declaración de certeza contenida en la sentencia deriva su fuerza declaratoria, o, más genéricamente, su eficacia jurídica, de la naturaleza imperativa y autoritaria del acto que la produce, ni más ni menos de lo que ocurre en cuanto a la modificación de una relación jurídica causada por una sentencia constitutiva o por el título ejecutivo derivado de una sentencia de condena. Una cosa es distinguir los efectos de la sentencia, según su naturaleza declarativa o constitutiva, y otra es ver si los mismos se producen de un modo más o menos perpetuo o inmutable. En verdad, todos los posibles efectos de una sentencia (declarativo, constitutivo, ejecutivo) pueden concebirse de un mismo modo, al menos en vía puramente hipotética, como producidos independientemente de la cosa juzgada, sin que por esto desaparezca su esencia o su naturaleza específica. La cosa juzgada es una cosa más que se añade para aumentar su estabilidad y que tienen valer en cuanto a todos los posibles efectos de la sentencia" (2). Valiéndose de estas ideas, renacha después su crítica de la doctrina clásica, manifestando, a propósito de la declaración de certeza producida por la sentencia, que identificar ésta con la cosa juzgada "significa, pues, confundir el efecto con uno de sus (posibles) caracteres" (3). En cuanto al efecto innovativo de las condenatorias y constitutivas,

(1). Op. cit., pág. 36.

(2). Pág. 37.

(3). Pág. 37.

considera que al contemplar esa doctrina la cosa juzgada como un efecto de la sentencia y distinguir de ella el eventual efecto - ejecutivo o constitutivo, "desvincula de la autoridad del fallo estos últimos efectos y los hace independientes de ella, lo que significa quitarle la intangibilidad característica de que la Ley ha querido proveerla cuando ha conferido la autoridad de la cosa juzgada indistintamente a todas las sentencias que proveen sobre la demanda" (1).

Ante este heterogéneo panorama doctrinal, se hace imprescindible adoptar una posición firme, clara y razonada sobre el tema en cuestión. Intentaremos nosotros llenar estas tres exigencias en la medida de lo posible.

Manifestamos ante todo nuestra adhesión a la teoría dominante sobre la cosa juzgada material en general. Quiere esto decir que cosa juzgada material es para nosotros la vinculatoria - certificación que realiza la sentencia en su parte dispositiva sobre la existencia o inexistencia del derecho afirmado por el autor como fundamento de su pretensión; o, como dice CHIOVENDA, "la afirmación, indiscutible y obligatoria para los Jueces de todos los juicios futuros, de una voluntad de Ley que reconoce o desconoce un bien de la vida a una de las partes" (2). Desarrollemos este concepto.

Toda sentencia contiene, como sabemos, un juicio lógico y un acto de voluntad de naturaleza declarativa. Este último es el fallo propiamente dicho, con el que se realiza la ordenación social en el caso concreto, y al cual se aplica ese concepto de la

(1). Pág. 38.

(2). Instituciones, I, pág. 387.

essa juzgada, pues es prácticamente unánime en la doctrina la negación de esta eficacia respecto al juicio lógico o conjunto de razonamientos que el Organo jurisdiccional expone como camino -- que le conduce a la decisión.

El contenido de esta decisión comprende en todo caso la declaración certificativa de que la invocación de un derecho a su favor hecha por el actor, como título de la medida jurisdiccional que pretende, es o no conforme a la realidad. Pero esta declaración de certeza no estriba meramente en una expresión de ciencia u opinión (si así fuese, no tendría el carácter de un acto de voluntad), sino que va animada en su seno por la intención de hacer valer impositivamente entre las partes la realidad certificada. Dicho con otras palabras: la declaración que el Organo jurisdiccional hace en relación con el aludido derecho es una -- certificación impositiva de la existencia o inexistencia del mismo.

El derecho a que esa certificación se refiere es siempre, cuando menos, el de naturaleza procesal (derecho de acción, de carácter relativo u obligacional, surgido del ejercicio de una potestad concreta de acción) que el demandante afirmó, explícita o implícitamente, tener frente al Organo jurisdiccional para la consecución de la medida jurisdiccional por él pretendida. Pero en los casos más normales, la certificación alcanza también al derecho subjetivo sustantivo sobre cuya lesión las normas instrumentales superestructuraron (caso de ser exacta la afirmación del actor, se entiende) el indicado derecho de acción en su forma inicial de potestad. Ella, naturalmente, en todos aquellos supuestos en que el derecho de acción tiene por función hacer efectivo el mismo interés tutelado primariamente por un derecho sub-

jetivo material; de ningún modo en los casos en que -excepcionalmente- la tutela jurisdiccional de un determinado interés está proyectada por las normas jurídicas de una manera directa e inmediata. La certificación del repetido derecho sustantivo es, en la hipótesis descrita, enteramente necesaria e ineludible, pues es imposible certificar la acción procesal sin certificar al mismo tiempo el derecho material de cuya lesión ha derivado. Por lo demás, es precisamente, en esos casos normales, esta última certificación, no la de la acción, el aspecto más importante de esta faceta común a toda decisión jurisdiccional de que nos estamos ocupando.

De todos modos, tanto el derecho sustantivo como el derecho de acción caben dentro del concepto de bien de la vida, a que -alude OHIOVENDA, pues fuera una visión harto rudimentaria reducirlo al estricto ámbito de las cosas o las prestaciones, tal es no el propio jurista italiano acertadamente advierte (1).

La certificación impositiva puede tener una función final e instrumental, según que con ella quede o no plenamente realizada la satisfacción de la pretensión que la sentencia cumple en el caso concreto. Lo primero sucede en las sentencias puramente declarativas (o certificativas, según nuestra terminología), así como en las desestimatorias en general (pues éstas se limitan a certificar impositivamente la inexistencia del derecho subjetivo material o, por lo menos, del derecho de acción concreta); lo segundo, en las condenatorias y las constitutivas, pues entonces representa el presupuesto lógico de la imposición que individualiza a estas sentencias. Precisamente por esa diferencia

V. el lugar citado.

de valer funcional, la certificación impositiva aparece expresa (no podría ser de otro modo) en las sentencias certificativas y normalmente implícita en las condenatorias y constitutivas -implícita en la imposición con que estas sentencias satisfacen específicamente la pretensión: el "condemo" y "constituyo" de nuestras fórmulas forenses.

Nos acercamos ahora al fondo esencial de la cosa juzgada material. Hemos dicho que la certificación impositiva es el elemento común en el contenido de todas las sentencias; es, por tanto, una forma de actividad decisoria. Como tal, produce un efecto sobre los sujetos interesados en el litigio; efecto que podemos designar, en su universo, como imposición de certeza (distingase bien entre imposición como acción y como efecto) y, en su reverso, como sumisión a esa certeza. Pues bien: la cosa juzgada material es, desde un punto de vista, el especial valor que, por imperativos de seguridad en la ordenación social que el Proceso realiza, el Derecho atribuye a la certificación impositiva, bien por sí misma o unida a otras circunstancias (transcurso de los plazos de impugnación o agotamiento de los recursos sin revocación), y que consiste en la virtud de producir una imposición de certeza (por tanto, una sumisión a esta certeza) inmutable; desde otro punto de vista, es el fundamento implicado por esta inmutabilidad del efecto procesal impositivo.

Aunque nuestra expresión (y las idénticas italiana y francesa) de origen romano cosa juzgada parece intuir más bien el primero de los dos puntos de vista indicados, lo cierto es que en nuestra doctrina el tema de la cosa juzgada es enfocado desde el ángulo visual de los efectos de la sentencia. Lo mismo sucede en la doctrina alemana, si bien la expresión Rechtskraft con que designan la

cosa juzgada se presta igualmente a sugerir uno u otro de esos dos puntos de vista. Además, las propias palabras empleadas por los autores en sus definiciones evocan igualmente una cosa y otra (la "autoritaria certificación" de KISCH, la "certificación con fuerza vinculante" de DOELLE, etc.). Prescindamos nosotros del primer punto de vista y atengámonos al segundo para nuestras consideraciones subsiguientes, puesto que estamos tratando en esta sección de nuestro trabajo de los efectos de la sentencias constitutiva.

Porque la cosa juzgada material es para nosotros el efecto jurídico-procesal por excelencia de las sentencias en general. Hemos visto antes la crítica de LIEBMAN contra esta concepción. Los argumentos del procesalista italiano nos parecen brillantemente expuestos, pero inspirados en una meditación deficiente. Uno de sus puntos básicos estriba en afirmar como realidad sustancial la "fuerza obligatoria" o "eficacia jurídica" de la "declaración de certeza contenida en la sentencia", como derivada de la "naturaleza imperativa y autoritaria del acto que la produce", y considerar como elemento accidental, puro agregado, el carácter de inmutabilidad que dicha eficacia puede adquirir. Se advierte fácilmente la imprecisión de que adolecen esos conceptos de obligatoriedad, eficacia jurídica, imperatividad y autoritariedad, y la falta de una suficiente discriminación entre la idea de actividad declarativa de certeza, como contenido de la sentencia, y la de certificación vinculativa, como efecto de dicha actividad. Pero la principal cuestión que LIEBMAN nos plantea consiste en estos: ¿Qué significación tiene realmente esa eficacia vinculativa por sí misma, independientemente del carácter de estabilidad o permanencia que el autor considera como al

no accidental? A nuestro juicio no tiene ninguna, pues la ordenación social que el Estado realiza mediante la función declarativa del Proceso se produce siempre, y por lo menos, de manera efectiva y segura a través de una imposición inmutable de certeza, es decir, a través de un efecto vinculativo consistente en la inevitable necesidad de atenerse a la certeza de algo declarada en la sentencia. Razonando de acuerdo con lo que dijimos en lugar precedente, podemos afirmar que la certificación impositiva de una sentencia no es perfecta mientras ésta es recurrible, o sea, hasta tanto adquiere firmeza. Cuando esto ocurre, tiene lugar esa perfección y, como consecuencia lógica se produce el efecto procesal consistente en la repetida imposición de certeza y la sumisión correlativa a ésta; efecto al cual el Estado, por la aludida exigencia de seguridad jurídica, confiere la condición substancial (es decir, esencialmente constitutiva de su concepto, no accidental u ocasional) de la inmutabilidad. De este modo se nos aparece, creemos que con claridad, la redacción lógica entre la firmeza de la sentencia o cosa juzgada formal, y la autoridad de la misma, o cosa juzgada material. Mientras aquélla significa la perfección de la actividad jurisdiccional impositiva, ésta consiste en la aparición del efecto procesal de imposición de certeza, proyectado con esencial carácter de inmutabilidad por las normas jurídicas.

Nos parecen suficientes estas especulaciones para poner de relieve la exactitud del concepto de la doctrina clásica sobre la cosa juzgada como un efecto de la sentencia, consistente en una especial vinculación jurídica producida por la declaración de certeza contenida en ésta. Cosa juzgada material es, pues -utilizando nuestros conceptos-, desde el punto de vista de ese elemento común en el contenido de toda sentencia (la declaración de certeza sobre la

existencia o la inexistencia del derecho invocado por el actor en su pretensión), la inmutable imposición de certeza, y la correlativa misión, que la sentencia produce. ¿Qué más da decir esto o - decir que es la inmutabilidad que define esencialmente dicho efecto impositivo?

Pero ¿cuál es el contenido de este efecto impositivo? Consigte en la necesidad de que quedan ciertos sujetos -las partes, normalmente- de atenerse a la certeza declarada en la sentencia. Esta necesidad se articula negativamente como una imposibilidad, que según el antiguo criterio sobre la "función negativa de la cosa juzgada" aparecía como la imposibilidad general de abrir nuevos procesos sobre la misma cuestión (la discusión en torno a la existencia del derecho afirmado por el actor). Modernamente, empero, conforme a la función positiva de la cosa juzgada, se define como la imposibilidad de que en un nuevo proceso, al surgir el mismo tema litigioso, se deduca de manera diferente de como se hizo en el primero (1). Esta imposibilidad está circunscrita por la obligación en el Órgano jurisdiccional ante el cual se "produce" la cuestión, de decidir conforme al primer fallo. Obligación que en nuestro Derecho se actualiza a través de la llamada excepción de cosa juzgada, que nuestra LEC. (artículo 544) establece, siguiendo el principio dispositivo que informa nuestro Derecho Procesal. Concentremos nuestra investigación ahora sobre el ámbito de las sentencias constitutivas. Por lo expuesto en los párrafos anteriores, habrá podido advertirse que reconocemos en estas decisiones la eficacia de cosa juzgada lo mismo que en las demás. Reafirmemos ahora esta convicción, dando las debidas razones justificati-

(1) V. GUASP: Derecho Procesal Civil, pág. 594.

vas de ellas

La sentencia constitutiva contiene, según expusimos en su lugar, la certificación de la existencia del derecho constitutivo - afirmado por el autor. Este derecho consiste en la mayoría de los supuestos simplemente en la acción procesal concreta que la Ley concede directamente para la tutela de un determinado interés. Otras veces, la certificación comprende también la existencia de un derecho constitutivo privado, cuya lesión dió lugar a la acción procesal (principalmente en los casos de constitución estricta). En cualquier caso, esa certificación va implícita en el pronunciamiento constitutivo. Como dice DOKLE, al llegar el Tribunal a la convicción de que la reclamación del demandante está conforme con el Derecho objetivo, efectúa la constitución jurídica, con lo cual - certifica, en interés de la evitación de litigios y de la definitiva seguridad jurídica, que el demandante ha tenido en el momento decisivo el derecho a la constitución jurídica por él afirmado. Si así no fuese, no se alcanzaría una perfecta seguridad jurídica, porque, a pesar de la constitución producida, podrían posteriormente las partes y los terceros hacer valer con éxito, en su caso, la injusticia de la constitución en otro proceso. (1). Esta razón goza de fuerza suficiente para vulnerar mortalmente la posición teórica de quienes, considerando innecesaria y superflua la aludida certificación en la sentencia constitutiva, le niegan el efecto de cosa juzgada.

Pero no es esto sólo. Aún los mismo autores negadores se ven precisados a reconocer la fuerza de cosa juzgada en las sentencias

(1). Ofr. Die rechtliche Rechtskraft, etc. cit., pág. 285.

desestimatorias de pretensiones constitutivas, en razón de su contenido meramente certificativo. Este hecho pone al descubierto, como acertadamente apunta DOELLE combatiendo una observación de BOETTINGER favorable a la diferenciación indicada, la insostenibilidad de la actitud doctrinal que establece distinciones en el objeto del proceso constitutivo, mediante una observación a posteriori desde el punto de vista del contenido estimatorio o desestimatorio de la sentencia (1).

En cuanto a la argumentación de ROSENBERG, en el sentido de que la sentencia constitutiva no certifica la existencia del derecho constitutivo porque lo agota al actuarlo, nos remitimos a la justa crítica del mismo DOELLE, quien, reconociendo exacta la segunda afirmación, replica que ello no obsta a que la sentencia contenga una certificación vinculante del derecho realizado y agotado, pues con ella lo que se hace es afirmar la existencia de tal derecho en el momento anterior a la decisión, "lo cual es perfectamente compatible con que después, al producirse la cosa juzgada, desaparezca mediante su realización (2).

Admitido, pues, que la sentencia constitutiva goza de la autoridad de cosa juzgada, por cuanto produce una inmutable imposición de certeza, atendamos ahora a la otra cuestión planteada: ¿Cabe recoger igualmente bajo el concepto de la cosa juzgada el efecto constitutivo mismo?

También en este punto optamos por la posición de la doctrina dominante, entendiendo que la cosa juzgada material carece de sentido para explicar la inevitabilidad de la imposición consti-

(1). Cfr. pág. 266 del mismo artículo.

(2). Article cit., pág. 266.

tutiva que esta sentencia produce, lo mismo que la imposición de la eventualidad de una ejecución (o imposición potencial de una situación jurídica material) que resulta de la sentencia de condena. Sobre la base de la imposición certificativa inmutable (efecto de la decisión final sobre el tema en que se centra la labor de enjuiciamiento: discusión sobre la existencia del derecho constitutivo, o la acción de condena -y el derecho sustantivo que ésta presupone), se perfecciona la imposición constitutiva o condenatoria, que aparece como un fenómeno jurídico de valor objetivo, cuyos efectos (creación, modificación o extinción de una situación jurídica material, establecimiento de la acción ejecutiva y de la correlativa sumisión) se producen erga omnes, lo mismo que los de un negocio jurídico cualquiera. Lo cual nada dice en contra de la naturaleza jurisdiccional de estas formas de imposición, pues tanto la una como la otra caen dentro del campo conceptual de la ordenación social sobre casos concretos que el Proceso tiene - por fin.

Sintetizando nuestra opinión, ya concretada hacia la sentencia constitutiva, podemos expresarla de esta manera: Con base en la cosa juzgada material de la sentencia (imposición inmutable de certeza, que implica la imposibilidad -salvo el proceso de revisión- de una certificación jurisdiccional contraria), se actualiza la imposición constitutiva, cuyos efectos se producen con valor objetivo frente a todos por su propia naturaleza.

Límites de la cosa juzgada.- Una vez precisada la significación funcional de la cosa juzgada material en la senten-

cia constitutiva, debemos hacer, para completar su estudio, las necesarias indicaciones sobre su extensión. Nos ocuparemos solamente de los límites subjetivos y de los temporales, que son los únicos temas que nos ofrecen oportunidad de hacer observaciones dignas de interés dentro de este campo teórico específico del tipo de sentencia que estudiamos.

a. Por lo que atañe a los límites subjetivos, son de aplicar aquí las normas generales sobre el tema. Rige, pues, en las sentencias constitutivas el principio general de que la cosa juzgada material opera sólo entre las partes del proceso y las personas jurídicamente identificadas a ellas, salvo los casos en que la propia Ley dispone otra cosa. Entre nosotros está ese tradicional principio recogido por el artículo 1252 del Código Civil, que exigiendo en su párrafo primero, para que la cosa juzgada pueda operar en otro juicio, la identidad entre los sujetos de éste y del primero, determina en el segundo párrafo el concepto legal de dicha identidad, entendiéndose que existe siempre que los litigantes del segundo pleito sean causahabientes de los que intervinieron en el primero o estén ligados a ellos por vínculos de comunidad solidaria o indivisible.

La cosa juzgada de las sentencias constitutivas se extiende, por tanto, en principio, sólo a los sujetos que han sido parte en el proceso y a esos otros que están con los primeros en una de las especiales relaciones indicadas por la Ley. Desde luego, ha de observarse que la extensión de la cosa juzgada a los copartícipes en la comunidad indivisible se funda en el estricto carácter de parte que todos ellos tuvieron en el proceso, en razón de la necesidad de la actuación litisconsorcial ocasionada, como sabemos, por la especialidad del estado de comunidad jurídica en -

que se encuentran. En cambio, en el caso de comunidad solidaria, la extensión de la cosa juzgada no obedece a que todos los co-participes fueran parte en el proceso constitutivo (proceso resolutorio, anulatorio, etc., especialmente), pues, aunque todos hubieran pedido actuar en él -debiendo en tal caso hacerlo en la forma de actuación conjunta que conocemos con el nombre de litisconsorcio impropiaamente necesario-, no estaban precisados a ello. La razón es la peculiaridad del vínculo jurídico-material que la solidaridad implica, que determinó la afectación de todos ellos por la declaración de certeza de la sentencia constitutiva, y, por consiguiente, la extensión a todos ellos del efecto jurídico-material directo de la misma sentencia -aspecto que anteriormente pusimos de manifiesto. Supuesto análogo al de la solidaridad es el de la relación de sociedad a propósito de la hipótesis de impugnación de los acuerdos de la Junta General de una Sociedad Anónima. Aquí se produce igualmente, haya o no habido actuación conjunta de todos los sujetos legitimados para la impugnación, la extensión de la cosa juzgada y del efecto jurídico-material directo.

Pero la existencia de estos especialísimos casos en que a sujetos no actuantes en el proceso constitutivo se extienden -tanto el efecto constitutivo como la cosa juzgada material, no debe de ningún modo inducir a que se vea una extensión de la cosa juzgada a terceros en razón del valor erga omnes con que el efecto constitutivo se produce. Esta necesidad de contar con el efecto jurídico producido por la sentencia, lo mismo que si hubiese nacido de un acto o negocio jurídico privado, es algo enteramente diferente, en su inevitabilidad, de la cosa juzgada material de aquélla.

De una manera más específica, tampoco tiene nada que ver la extensión de la cosa juzgada en las sentencias constitutivas con la forma especial de afectación de terceras personas por la misma, consistente en la extensión a ellas de los efectos jurídico-materiales indifectos (efectos reflejos, como los hemos denominado). Jertteramente lo pone de relieve KISCH, cuando escribe que "la cuestión relativa al influjo que la sentencia constitutiva ejerce sobre las relaciones jurídicas privadas es independiente de la cuestión de los sujetos para quienes la cosa juzgada material se produce". La modificación jurídica producida por la sentencia puede ocasionar frente a terceras personas, lo mismo que un negocio jurídico u otro distinto hecho jurídico, los más diversos efectos jurídico-privados, toda vez que, en virtud de las numerosas interafectaciones entre las diferentes esferas jurídicas de los particulares, puede la existencia y modo de ser de una situación jurídica significar mucho para sujetos distintos de los inmediatos participantes en ella (1).

Todo esto quiere decir, como norma general, que, pese a la cosa juzgada material de la sentencia constitutiva, pueden los terceros, estén o no afectados por los efectos indifectos de ésta, discutir con éxito en un proceso posterior la justicia de la decisión emitida por el primer Órgano jurisdiccional acerca de la existencia de la acción constitutiva (como derecho constitutivo privado o, al menos, como derecho procesal). Lo que no podrán de ninguna manera es, ni sacudirse los efectos reflejos que la sentencia haya podido irrogarles, ni menos aún remover el efecto -

(1). Cfr. Beiträge zur Urteilslehre, pág. 78.

constitutivo primordial de la misma. Ahora bien: siendo todo esto cierto dentro de un plano de visión teórica, hay que reconocer que en el orden práctico raramente existirá en terceras personas un interés jurídico para la expresada discusión procesal ulterior. Lo más natural sería que dicho interés surgiera en quienes viéndose afectados de manera refleja por la sentencia en su esfera jurídica privada, estimase¹ que esta afectación es indebida por haberse dictado injustamente la decisión jurisdiccional; pero a nada los conduciría la nueva discusión, puesto que, como hemos dicho, los efectos reflejos de la sentencia son tan inevitables como el constitutivo directo desde el momento en que se perfecciona la imposición de la misma. Pero, no obstante la rareza de la hipótesis a que nos referimos, no puede negarse que la cosa juzgada material de la sentencia constitutiva se produce, en principio, sólo inter partes.

En principio decimos, pues hay casos en que la Ley extiende expresamente a terceros esa eficacia. Tales casos están en nuestro Derecho previstos en el mismo artículo 1252 del Código Civil, cuyo párrafo segundo dispone que "en las cuestiones relativas al estado civil de las personas y a las de validez o nulidad de las disposiciones testamentarias, la presunción de la cosa juzgada es eficaz contra terceros aunque no hubiesen litigado". Como se advierte, cada uno de los dos conceptos que la Ley aquí maneja sugiere hipótesis de sentencias constitutivas. En el caso de la nulidad testamentaria, la constitución de la sentencia consistiría, cuando menos, en la eliminación de la superestructura de tutela jurisdiccional creada por las normas intermedias e justificadas, con fundamento en la apariencia de validez del testamento, aunque éste sea ineficaz en el fondo (1). En cuanto al supuesto

(1). V. en la Segunda Sección la doctrina sobre la nulidad radical de los contratos.

de las sentencias concernientes al estado civil de las personas, creemos que la extensión de la cosa juzgada a terceros tendrá lugar fundamentalmente en las sentencias de incapacitación, de divorcio y de nulidad del matrimonio, dado el sentido en que la doctrina suele interpretar normalmente el concepto de estado civil. Claro está que, en esos casos (hacemos un razonamiento inverso al anteriormente expuesto) de sentencia constitutiva, difícilmente la extensión de la cosa juzgada a terceros tendrá una significación práctica, pues sólo muy raramente podrían tener esos terceros un interés en discutir el fundamento de la constitución. Ello ocurriría con más razón en el caso de sentencias desestimatorias de la pretensión constitutiva de que se trata; pero entonces la sentencia no sería ya constitutiva, sino meramente declarativa.

b. Hagamos unas consideraciones ahora sobre el tema de los límites temporales de la cosa juzgada en relación con la sentencia constitutiva.

Al hablar de la extensión temporal del efecto jurídico-material directo de la sentencia constitutiva, dejamos indicado que cabe la posibilidad de que, habiendo producido la sentencia un efecto constitutivo susceptible de duración indefinida, tal efecto sea, en virtud de un cambio en las circunstancias que fundamentaron la constitución, eliminado por una sentencia posterior, y restablecido con ello el estado de cosas existente antes de la primera decisión. Dentro de los supuestos de sentencia constitutiva que nosotros estudiaremos de modo particular en este trabajo, existen dos característicos en que puede darse la expresada circunstancia. Uno de ellos corresponde al concepto de constitución estricta y el otro al de modificación. Nos referimos, respec-

tivamente, a la sentencia que establece una servidumbre de paso y a la que pronuncia la incapacitación de una persona por locura, sordomudez o prodigalidad. En el primer caso, la desaparición de la necesidad que dió origen a la constitución (intersituación del fundo dominante) puede dar lugar a una sentencia constitutiva extintiva que haga desaparecer la servidumbre, si el propietario del fundo favorecido no se presta voluntariamente a extinguirla mediante un negocio jurídico privado con el propietario del fundo sirviente. En el segundo caso, la desaparición de la enfermedad o la conducta desordenada del calificado pródigo permite el restablecimiento de la plena capacidad del sujeto afectado por la modificación, por el exclusivo medio de una sentencia modificativa de sentido inverso.

Con una visión superficial de estas hipótesis, podría recibirse la impresión de que esas dos posibilidades de excepción a la permanencia del efecto producido por las citadas sentencias, representan excepciones o exclusiones del inmutable efecto jurídico-procesal que es la cosa juzgada material. Pero un examen suficientemente atento de la cuestión nos revela enseguida que tal impresión es un puro espejismo. Para que hubiese verdadera limitación temporal de la cosa juzgada, sería preciso que los expresados cambios en las circunstancias de hecho hiciesen posible la eliminación del efecto constitutivo mediante un replanteamiento de la discusión sobre la que se emitió la decisión certificativa. Pero no es esto lo que sucede en realidad, sino justamente lo contrario: sobre la base de la cosa juzgada de la primera sentencia -por tanto, de la intangibilidad de la certificación hecha en ella sobre el derecho constitutivo satisfecho

con la constitución-, se remueve el efecto jurídico material producido, en virtud de la aparición de un derecho constitutivo de sentido contrario. Este derecho es sólo de acción en el caso de la reintegración de la capacidad, mientras en el de levantamiento de la servidumbre es originariamente un derecho material de constitución extintiva, cuya insatisfacción hace nacer la correspondiente potestad concreta de acción.

En rigor, el único límite temporal que cabe en las sentencias constitutivas a la cosa juzgada de que son susceptibles, es el que representa la nueva sentencia dictada a consecuencia de la victoriosa interposición del recurso de revisión.

2.- Técanos referirnos ahora, para poner fin a nuestra doctrina general de la sentencia constitutiva, a la eficacia de la misma como medio de prueba.

Como la sentencia constitutiva consiste en un acto de voluntad del Estado que crea, modifica o extingue una situación jurídica material, si en un proceso ulterior a una sentencia de esta clase se afirma por una de las partes la existencia de la situación jurídica creada por aquélla, la nueva estructura de la por ella modificada o el vacío jurídico por la misma producido, el Órgano jurisdiccional del nuevo proceso deberá considerar probada dicha afirmación por el sólo hecho de haberse pronunciado con firmeza la indicada sentencia constitutiva.

No encierra la menor dificultad comprender que esta eficacia procesal de la sentencia constitutiva no tiene nada que ver con la cosa juzgada material de la misma; o, por mejor decir, no se confunde con este último efecto. La fuerza probatoria es una consecuencia de la firmeza de la sentencia (punto a cuya comprobación habrá

de reducirse la investigación del juzgador en el segundo proceso), y la obligación que el Juez posterior tiene de atenerse al resultado de la imposición constitutiva es algo completamente diferente de la que, en su caso, tendría de no contradecir la declaración de certeza de la misma (1).

(1). V. sobre estos puntos EISCH: Reitrag zur Urteilslehre, págs. 80-81.

SECCION SEGUNDA

EXPOSICION DE CASOS PARTICULARES DE SENTENCIA CONSTITUTIVA EN EL DERECHO POSITIVO ESPAÑOL

PLAN EXPOSITIVO.-- Para confrontar con la realidad la teoría general de la sentencia constitutiva que hemos presentado, emprendemos ahora el estudio particularizado de una serie de manifestaciones concretas de la constitución procesal sustancial.

Ante la necesidad de utilizar un preciso criterio para agrupar los diferentes casos en razón de sus variadas características, encontramos como más adecuado el que ofrece la tríada de formas específicas de la constitución jurídica, es decir, la división trimembre integrada por los conceptos de constitución estricta, modificación y extinción, relativos todos ellos a la fenomenología de las situaciones jurídicas materiales.

Tomemos, pues, estos tres conceptos para agrupar los supuestos que nos parece oportuno examinar. Dentro de cada grupo, y en cada caso, nuestra labor consistirá esencialmente en definir la pretensión que la sentencia constitutiva satisface positivamente, con las pertinentes alusiones a la legitimación y al correspondiente derecho de acción; en justificar la natura-

less realmente constitutiva de la decisión y la modalidad específica de constitución, afirmada a priori, y en observar, dentro del mecanismo de dicha constitución, el juego de los principios de legalidad y equidad.

CAPITULO PRIMERO

CASOS DE CONSTITUCION ESTRICTA

Bajo este epígrafe vamos a considerar tres supuestos: sentencia dictada por incumplimiento de un contrato preliminar, sentencia constitutiva de servidumbre de paso y sentencia de re---tracto.

I. PRECONTRATO. - Frecuentemente estudiada y ampliamente discutida está en la doctrina esta peculiar figura contractual. No es misión nuestra en este trabajo entrar plenamente en el problema de su justificación y en la exposición de las notas de finitorias que conforme a la teoría del Derecho Civil le corresponden, sino sólo tocar someramente los puntos de su estructura y función de cuya forma de comprensión depende que haya o no de admitirse la posibilidad de una sentencia constitutiva en razón del mismo.

Con GASTAN entendemos por precontrato "una convención por la cual dos o más personas se comprometen a hacer efectiva en tiempo futuro la conclusión de un determinado contrato que por el momento no se quiere o no se puede celebrar como defini-

tivo" (1). Nosotros hemos hecho repetidas referencias a esta figura jurídica para deducir de ella, en la hipótesis de incumplimiento de la obligación que engendra, la existencia de un derecho de acción que, al ser afirmado en una pretensión, puede traducirse en una sentencia constitutiva de la situación jurídica definitiva. Nuestra convicción ha tenido hasta ahora un valor provisional, útil para la construcción de la teoría general de la sentencia constitutiva; es éste el momento de justificar plenamente dicha convicción, enfrentándonos con dos hechos: la clara defendibilidad de esa tesis en los ordenamientos jurídicos alemán e italiano, entre otros, y la inseguridad que en nuestra patria producen la inexistencia de una regulación legal del precontrato con carácter general y la inexistencia de una línea jurisprudencial firmemente marcada sobre este tema.

Para que un tipo tal de contrato pueda dar lugar a una sentencia constitutiva son precisas las siguientes condiciones:

a) Que sea auténticamente considerado por el Derecho positivo como un contrato independiente, dotado de fin propio.

b) Que de él nazca una situación jurídica integrada por derechos subjetivos y obligaciones relativos a la celebración del contrato definitivo.

c) Que en el caso de incumplir cualquiera de las partes su compromiso, al verificarse la condición o llegar al término de que se hizo depender la conclusión del contrato definitivo, exis

(1). Derecho Civil Español Común y Foral, tomo IV, 1956, pág. 24.

ta una norma instrumental (intermedia o justicial material, como también hemos llamado a las de esta clase) que conceda a la otra parte una potestad concreta de acción para solicitar de los Organos jurisdiccionales la configuración directa de la situación jurídica que hubiera resultado del contrato final, y al mismo tiempo, naturalmente, señale a dichos Organos la indicada configuración, como conducta obligada, siempre que, siendo pretendida, - quede comprobada en el proceso la existencia de aquella acción.

1. Puede afirmarse que en la actualidad el precontrato tiene plena carta de naturaleza en las legislaciones. En España no existe, ciertamente, como hemos dicho, ninguna norma jurídica - que lo admita y lo regule con generalidad. Con anterioridad a la Ley de Arbitraje de 22 de diciembre de 1953, sólo existían la - disposición del artículo 1451 del Código Civil, relativo a la - promesa de venta o compra, que otorga en virtud de ésta, "habiéndose conformado en la cosa y en el precio", derecho a los contratantes "para reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato" y la del artículo 1862 del mismo Código: "la promesa de constituir prenda o hipoteca sólo produce acción personal entre los contratantes...". La ambigüedad de las expresiones de estos artículos, relativas a la consecuencia jurídica, ha podido prestar cierto - apoyo a las actitudes doctrinales negatorias del concepto y la - utilidad del precontrato (1). No obstante, la mayoría de los autores se han inclinado entre nosotros por la aceptación. Destaca

(1). Puede consultarse la cita que CASTAÑER hace de los defensores de esta posición negatoria, en la pág. 26 de la obra citada.

nos últimamente el estudio del profesor DE CASTRO La promesa de contrato (1). Pero en la actualidad la citada Ley de Arbitraje nos ofrece el pleno reconocimiento de una modalidad particular de contrato preliminar: el que tiene por objeto la constitución del compromiso arbitral (artículos 6 al 11). Esto excluye ahora que en nuestro Derecho pueda desconocerse de modo absoluto la admisibilidad del precontrato. Por lo demás, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pese a sus vacilaciones en la construcción del mismo, lo ha venido reconociendo en múltiples sentencias. Uitemos por último, como razón justificativa de su general aceptación legal, la que da CASTAN (2): el principio de libertad contractual, sancionado en el artículo 1255 y concordantes del Código Civil.

2. "Según la concepción más generalizada -nos dice CASTAN- el contrato preliminar es un contrato perfecto y obligatorio, que tiene por fin asegurar la celebración de un determinado contrato futuro" (3). El precontrato engendra, pues, recíprocos derechos y obligaciones respecto a la conducta necesaria para la configuración de dicho contrato futuro. El mismo CASTAN parece seguir esta teoría, pues, de una parte, estima que a falta de normas reguladoras propias, el precontrato habrá de regirse, especialmente, por las de las obligaciones de hacer (4), y, de otra parte, al tratar de los efec

(1). Publicado en el Anuario de Derecho Civil, tomo III, 1950.

(2). Op. cit. pág. 26.

(3). Op. cit. pág. 24.

(4). Cfr. pág. 27.

Los de ese contrato escribe que de él surge principalmente la obligación de las partes de ultimar en su día el contrato definitivo (1). Esta construcción ha sido impugnada entre nosotros en los últimos años. DE CASTRO, en el estudio antes citado, publicado con ocasión de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1950, después de efectuar una crítica de las posiciones doctrinales precedentes, ofrece la más reciente concepción en nuestra patria, negando que el contrato preliminar nazca una obligación de hacer. Lo que los con-cretantes se proponen con el precontrato —escribe este autor— “es quedar obligados contractualmente respecto a lo proyectado, no a tener un nuevo querer o a emitir una nueva declaración...” (2). Posteriormente describe la estructura de este contrato, diciendo que tiene “carácter de figura jurídica independiente en la señalada etapa previa, creando inmediatamente un vínculo obligatorio entre las partes, del que nace la peculiar facultad de poner en actual funcionamiento (imponer, desde el momento en que se ejercita la facultad, la plena eficacia) al proyectado contrato” (3). Expone más concretamente después la situación jurídica nacida del contrato preparatorio (4), precisando que de un lado comporta la “facultad de decidir (optar) sobre la suerte misma de la relación contractual”, de cuyo ejercicio “depende el que el contrato proyectado quede en proyecto o surta efecto”. En la mano del titular de esta facultad queda “exigir el cumplimiento del contrato, obligando a la otra par-

(1) Pág. 31.

(2) Pág. 1168 del Anuario, tomo III.

(3) Pág. 1169

(4) De promesa de contrato habla el autor preferentemente.

te a estar y pasar a la condición de deudora (según el contrato proyectado), pero a la vez quedando también obligado contractualmente el mismo que la ejercita" (1). De otro lado, el precontrato produce "la vinculación del que hizo la promesa a la voluntad del que la recibe, para quedar o no obligado al contrato que se proyectó" (2). Completa luego la explicación de la primera posición jurídica, expresando que su ejercicio "tiene naturaleza de declaración contractual" (3), cuyo primer efecto es "dar vida actual a la relación contractual proyectada" (4), que opera desde el momento de la exigencia (5). Al plantearse esta exigencia "se pide conjuntamente que se cumpla la promesa y el contrato prometido; pero no hay dos contratos, sino el desarrollo en dos momentos de una compleja relación contractual" (6). Para sostener esta construcción, se apoya, de una parte, en el artículo 1451 del Código Civil, ya citado por nosotros, y, de otra parte, en una doctrina jurisprudencial que considera resueltamente marcada por la ya indicada Sentencia de 1 de julio de 1930. Extrayendo del referido artículo las consecuencias que, conforme con su doctrina sobre el precontrato, ~~así~~ ^{así} exacta, escribe que "puede considerarse, por tanto, cumplida la promesa de venta, y en función el contrato que se proyectara, cuando se entrega la cosa o se acepta el precio, aunque no haya habido -por innecesarias- declaraciones de voluntad de venta y de compra" (7).

-
- (1) Pág. 1177.
 - (2) Pág. 1179.
 - (3) Pág. 1181.
 - (4) Pág. 1182.
 - (5) *Ibidem*.
 - (6) *Ibidem*.
 - (7) Pág. 1182.

Dejamos para después la formación de un juicio sobre el repetido artículo 1451 y el 1862, precedentemente citado, así como acerca de la jurisprudencia concerniente a nuestro tema, para efectuar en primer lugar unas observaciones críticas sobre la teoría del profesor DE JASTRO, al margen de su posible justificación legislativa y jurisprudencial.

Con el respeto que la autoridad científica de este autor nos merece, debemos manifestar que sus ideas en torno al tema que estudiamos no ~~ganan~~ nuestra adhesión. Conforme a estas ideas, tal como textualmente las hemos expuesto, las notas fundamentales definitivas del precontrato son las siguientes:

a) El propósito de los sujetos celebrantes del precontrato es quedar, por la fuerza creadora de este mismo acto, colocados en la situación jurídica final.

b) El precontrato tiene carácter de figura jurídica independiente. Sin embargo no puede decirse que sea un contrato propiamente dicho, distinto de otro supuesto contrato necesario para definir esa situación jurídica final, sino sólo el primer momento de una compleja relación contractual.

c) De él surge inmediatamente un vínculo obligatorio entre las partes, es decir, según nuestra terminología, el ligamen propio de una situación jurídica.

d) Las posiciones subjetivas que origina esa eficiencia inmediata consisten en una facultad, de idéntica naturaleza a la del derecho de opción (no obstante lo cual, el autor no identifica el precontrato con el contrato de opción), cuyo ejercicio instaura la si

situación jurídica definitiva, y una vinculación de la otra parte (cada una de ellas, claro está) a la eventualidad de esta consecuencia.

Por lo que respecta al primer punto, nos parece justo hacer notar que, cualquiera que sea el sentido con que más normalmente los sujetos privados realizan los llamados convenios preparatorios, no se puede negar de modo radical la posibilidad de que, por no poder o no querer en el primer momento celebrar el contrato definitivo, su verdadera intención sea la de obligarse efectivamente a concretar un convenio final cuando se cumpla un cierto término o condición.

En segundo lugar, no vemos muy claro que se pueda al mismo tiempo sostener que el precontrato es una figura jurídica independiente, creadora de un vínculo obligatorio entre las partes, y que es sólo el primer momento de una compleja relación contractual. Si es independiente, sus consecuencias jurídicas cierran perfectamente lo que podría llamarse un "círculo volitivo", lo cual permite reconocerle plena sustantividad. Si no es más que el primer momento en el devenir histórico de una situación jurídica (la que definitivamente se quiere establecer), nos parece que esto es la más radical negación de que el precontrato o promesa de contrato tenga una función autónoma e insustituible; por tanto, de que su teoría tenga una verdadera importancia científica. En efecto: ¿Qué diferencia existe --colocados en esa hipótesis-- entre la promesa de un contrato, por la cual lo que se quiere es realmente la situación jurídica propia de éste, y la celebración de dicho contrato final con supeditación de su eficacia total a una condición o un término?

No está la diferencia, ciertamente, en razón de la eficacia

de uno y otro acto, en el sentido de que mientras el contrato a condición o a término sólo produce sus efectos esenciales a partir del momento en que dicho elemento accidental adquiere - existencia actual, el contrato preliminar crea inmediatamente un vínculo obligatorio, según la expresa dicción de DE CASTRO. Ante todo, porque, como exactamente dice JASTAR, el término es en el precontrato un elemento esencial (habrá que entender término o condición) (1). Esto quiere decir que las afectaciones jurídicas subjetivas de atribución y sujeción que derivan del precontrato, adquieren verdadera existencia práctica cuando acontece la circunstancia prevista por las partes.

Pero, sobre esta base, sí se advierte una diferencia teórica entre el precontrato, tal como lo entiende DE CASTRO, y el -- contrato definitivo celebrado a condición o a término. Consiste en que mientras en este segundo caso el contrato queda perfecto al verificarse el repetido requisito, en el supuesto del precontrato lo que adquiere auténtica existencia es la situación jurídica integrada por la facultad en cada una de las partes de dar vida con su voluntad al contrato final, y a la vinculación, también de cada una de ellas, a la eventualidad de esa consecuencia del ejercicio de su facultad por la otra parte. Puede advertirse que los componentes de dicha situación jurídica son, por lo menos, dos relaciones jurídicas pertenecientes a la clase de las que nosotros conocemos por "potestativas", que aquí tienen como posición pasiva no una sumisión, sino una obligación potencial (la de

(1) Pág. 31 de la ob. cit.

realizar la prestación de que se trate, correspondiente al contrato definitivo). En el caso del contrato a término o condición, lo que hace son relaciones jurídicas relativas. La diferencia teórica entre una hipótesis y la otra es, pues, evidente. ¿Pare existe también desde el punto de vista de las consecuencias prácticas? Nos parece que no. ¿Qué más da que cualquiera de los contratantes tenga, al cumplirse el término o la condición, la posibilidad de convertirse automáticamente en acreedor por el solo hecho de pedir a la otra parte que cumple su promesa contractual, o que adquiera directamente la posición activa que le corresponde dentro de la situación jurídica final deseada? No se diga que en la primera hipótesis el sujeto de que se trata tiene en sus manos el vincularse o no también él con las obligaciones inherentes al contrato definitivo, mientras en el contrato a término o condición queda inevitablemente obligado al cumplirse este requisito, puesto que frente a su facultad existe una idéntica de la otra parte, cuyo ejercicio él no puede impedir.

En conclusión, opinamos que la teoría del profesor DE CASTRO conduce a la negación práctica de la sustantividad del contrato preliminar. A base de ella son posibles sentencias condenatorias, pero no constitutivas.

Examinemos ahora los datos que nos ofrecen la legislación y la jurisprudencia.

La norma del artículo 1451 del Código Civil, aunque parece literalmente autorizar, caso de conformidad en la cosa y en el precio de la compraventa que se promete, a exigir la realización de los efectos propios de dicho contrato final, puede ser también interpretada de una manera más amplia, si por "cumplimiento del contrato"

se entiende , para los casos en que las partes quieren efectivamente celebrar un contrato ulterior, la conclusión de éste.

Tampoco parece que el artículo 1862 presente grandes obstáculos contra la teoría de la obligación de hacer, con la que creemos debe comprenderse la función del precontrato. La "acción personal" que la promesa de constituir prenda o hipoteca produce entre los contratantes, puede ser entendida como derecho al establecimiento de la peculiar situación jurídica. Pero en este supuesto, la sentencia que en caso de incumplimiento de la promesa pueda obtener el sujeto propiamente interesado en el establecimiento de la garantía (el titular del crédito) es más idóneo que sea de condena, encaminada a la efectividad de la garantía, toda vez que para esta efectividad es necesaria una actividad material de traslado de la cosa (en la prenda) o la que requiere la formalización de la escritura pública (en la hipoteca), que desbordan los límites propios de la declaración de una sentencia.

La Ley de Arbitraje de 1953 sí establece de una manera clara en su artículo 9º, párrafo I, que por el contrato preliminar de arbitraje quedan los otorgantes obligados "a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje tenga efecto". No cabe duda, pues, de que la concreta figura de precontrato que la moderna Ley regula engendra una situación jurídica de la que forman parte derechos y obligaciones relativos a la formalización del compromiso arbitral.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha tomado hasta el presente una posición terminante en relación con el punto que - consideramos dentro de la construcción del precontrato como figura genérica. Importantes Sentencias han sido dictadas en nuestra península conteniendo doctrina sobre la discutida forma contrac-

tual; entre ellas son de destacar la de 9 de julio de 1940 y la de 1 de julio de 1950. Junto a ellas es notable también la de 11 de noviembre de 1943, aunque se refiere solamente a la promesa bilateral de comprar y vender.

Según la Sentencia de 9 de julio de 1940, dictada con ocasión de un supuesto de promesa de sociedad, la función esencial del precontrato consiste en "ligar a las partes para la conclusión de un futuro contrato", por razón de lo cual "ni tiene -- otro objeto que el de vincular la voluntad a la celebración de un convenio ulterior, sin posibilidad de identificación con el del contrato definitivo, que ha de celebrarse después; ni en él se engendra otra obligación que la de prestar a su tiempo el consentimiento..." En el mismo sentido se pronunció la de 16 de abril de 1941, suscitada también por un caso de precontrato de sociedad.

Por el contrario, la Sentencia de 1 de julio de 1950, que surgió de un caso de promesa de venta, declara que la voluntad expresada para perfeccionar el precontrato "proyecta su eficacia no sólo en la constitución del círculo jurídico que sujeta a las partes, sino sobre el objeto de la convención", que en el presente caso es "la realización de la venta o compra prometidas, cuando se resuelva la condición circunstancial o de tiempo establecida para su consumación, es decir, que, por lo que respecta al otorgante dueño de la cosa, se contrae la obligación futura de consentir la transferencia del dominio". Queda claro que se trata de obligación de transferir el dominio, no de celebrar un nuevo contrato.

Con razón dice GALVILLO MARTINEZ que, pese a las protestas de mantenimiento de la jurisprudencia precedente que se contig

nen en esta Sentencia, lo cierto es que a través de sus expresiones se llega a la identificación práctica entre promesa de contrato y contrato definitivo, frente a las diversas Sentencias que habían afirmado tajantemente la diferencia entre un auto y otro (1). Por ello, la reiteración de esta nueva solución jurisprudencial supondría la eliminación práctica de la doctrina del precontrato (2).

Pero no puede decirse que esta dirección haya sido claramente continuada. Recientemente, la Sentencia de 26 de octubre de 1956, en relación con un tema de precontrato de compra-venta, hace una referencia incidental a la cuestión que estudiamos, sin adoptar ninguna de las dos posiciones anteriores, al expresar que el pacto de contrahendo, "haga o no necesario un contrato futuro, exige en cambio inexcusablemente un acuerdo previo y no condicionado".

Ante este panorama de nuestro Derecho, creemos que hoy día, con apoyo en la clara solución positiva de la Ley de 1953 y en la primera de las dos orientaciones jurisprudenciales (ninguna de ellas afinada todavía), puede mantenerse, de iure condendo, la teoría genuina del precontrato en general como negocio jurídico creador de la obligación de celebrar el contrato definitivo. Ello, incluso en los casos de precontrato de compraventa, que parecen ofrecer mayores dificultades. Muy justas nos parecen las conclusiones que en torno a esta modalidad concreta formula CALVILLO en el artículo citado. Para los casos -nos dice- en que los contratantes prometen recíprocamente comprar y vender, pero demoran el nacimiento de los efectos de la compraventa hasta que se pro-

(1) Promesa bilateral de comprar y vender: efectos que produce su incumplimiento, en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, n.º 198, 1951, pág. 589 y ss.

(2). v. pág. 598.

duces determinado acontecimiento, es aceptable la doctrina de la Sentencia de 1950 en aquella parte en que, asimilando promesa y compraventa, trata los efectos de la primera, cuando se ha resuelto la condición circunstancial o de tiempo establecida por las partes, como si de los efectos de la compraventa se tratase. Pero en tal caso sería deseable prescindir por completo de la nomenclatura del contrato preliminar. En cambio, "en los casos -que serán muy pocos- en que pueda probarse que los contratantes, al prometer comprar o vender, quisieron efectivamente excluir los efectos de la compraventa hasta la prestación en el futuro del consentimiento perfeccionador de ésta, debe ser aceptada la voluntad contractual" y aplicarse los conceptos del contrato preliminar, volviendo a la línea de la Sentencia de 11 de noviembre de 1943 (1).

Esta última Sentencia establecía exactamente la misma doctrina que acabamos de aceptar, al declarar fundamentalmente, entre otras cosas, que el respeto a la voluntad de los contratantes exige distinguir la mera promesa del contrato definitivo, - cuando pueda probarse que aquellos, al prometer comprar o vender, quisieron excluir los efectos de la compraventa actual.

3. Aceptada la autonomía funcional del precontrato y su eficacia productora de una situación jurídica distinta de la que determina el contrato definitivo proyectado, se sigue lógicamente que si una parte incumple los deberes que el primero le impone, la otra tendrá un derecho de acción para la tutela de sus intereses. Y teniendo en cuenta que el derecho subjetivo que le compete en virtud de esa situación jurídica inicial tiende a la -

(1). artículo citado, pág. 597 de la RGLJ.

efectividad de su interés por el establecimiento de la situación jurídica final, se comprende que la manera más adecuada de tutelar jurisdiccionalmente ese interés será la que consista en provocar la constitución de dicha situación jurídica final.

Para ello será necesaria una de estas dos cosas: forzar a la parte incumplidora a prestar el consentimiento para el contrato definitivo o sustituir este consentimiento por un acto de voluntad judicial generador de la misma situación jurídica. Lo primero es imposible, porque nadie puede ser obligado materialmente a querer. ¿Y lo segundo? De su posibilidad dopo de directamente que en el caso planteado pueda darse o no una sentencia constitutiva. Como dice DE LA PLAZA, "si se estima que el Juez no puede suplir con su voluntad la de las partes,..... la acción no por seguirá otro designio que el de lograr una indemnización de perjuicios, y entonces se hallará claramente comprendida en el grupo de las de condena. Si, por el contrario, se estima que, en esa situación, el Juez puede construir, sobre la base que le ofrece el contrato preliminar y por un acto de su poder jurisdiccional, una situación definitiva y vinculante para las partes, es obvia la condición constitutiva de la acción que persiga ese designio y de la sentencia que se dicte" (1).

La sustitución judicial indicada puede entenderse de dos modos: como que el Juez quiere en lugar del obligado, valiendo como voluntad de éste la voluntad de aquél, o como que el Juez, al margen de toda consideración relativa a la voluntad de dicho sujeto, crea un acto de voluntad estatal directamente definidor de la situación jurídica a la que éste debió cooperar. La primera

(1). Derecho Procesal Civil Español, 1951, I, pág. 111.

visión sea dentro del plano doctrinal de quienes consideran -absoluta o mitigadamente- al Proceso como un servidor del Derecho privado. Sus mantenedores han tropezado inmediatamente con un obstáculo: la imposibilidad de que el Estado -a través del Juequiera en lugar del obligado o en representación del mismo, por cuanto la actividad volitiva de éste, necesaria para la conclusión del contrato definitivo, es personalísima e infungible.

Tomando estos puntos de vista, la jurisprudencia italiana anterior al Código Civil de 1942 se había pronunciado en el sentido de que el contrato preliminar engendra, caso de incumplimiento, sólo una acción de condena, ya sea a los efectos propios del contrato definitivo, ya sea a una indemnización. OHIOVENDA, en su ensayo La acción nacida del contrato preliminar, recoge una Sentencia de la Corte de Casación de Roma, en la que se establece que si el querer que se promete en el contrato preliminar ha de traducirse en una prestación material, la voluntad de ésta está ya contenida en el precontrato; en caso contrario, sólo puede haber lugar a una indemnización.

Contra esta doctrina, sostiene el famoso procesalista la tesis de la sentencia constitutiva, valiéndose del segundo concepto de sustitución que hemos indicado. Lo que se pide al Jue- dice- al quedar incumplido el contrato preliminar "no es que él quiera en lugar del incumplidor y que concorra a constituir en su lugar el contrato definitivo...." (1). Con la sentencia que se pide no se trata de constituir el contrato definitivo, sino de prescindir de él. "La sentencia no será constitutiva porque

(1). Ensayo cit., en el tomo I de los Ensayos, trad. SENTIS, pág. 213.

constituya el contrato, sino porque constituye directamente el derecho al que se tiende" (1). "Lejos de querer en representación del obligado, el Estado en el proceso quiere por cuenta propia y a despecho de aquél, y sustituye la actividad ajena sólo en el sentido de que obtiene con la actividad propia resultados económicos y jurídicos que por lo regular habrían podido obtenerse con la actividad del obligado" (2). Con esta doctrina reafirma la independencia del derecho de acción con respecto al derecho subjetivo material. Mientras éste se refiere a una actividad del obligado, de modo que sólo puede quedar estrictamente satisfecho con ella, el derecho de acción se refiere a cualquier medio posible para obtener, a través de la actividad estatal, la efectividad del interés subjetivo de que se trata. De aquí que la acción nacida del precontrato pueda ser satisfecha, siendo posible, mediante una conducta del Organo jurisdiccional del Estado, que no tiene por qué ser imputada jurídicamente al obligado (3).

Estas mismas ideas son mantenidas por OHIOVERDA en sus Principios y en sus Instituciones. En esta última obra explica claramente que en el contrato preliminar las partes se obligan a prestar un ulterior acto de voluntad, del que nacerán determinados efectos jurídicos. "Pero son estos efectos jurídicos su finalidad, a la cual el Derecho presta su reconocimiento y a la cual directamente coordina la acción". "El acto de voluntad puede ser infungible, como puede serlo cualquier hacer humano; pe-

(1). Pág. 214.

(2). Pág. 215.

(3). Cfr. especialmente págs. 220 y ss.

re el hacer, y también la voluntad, se dirá que es jurídicamente fungible cuando el resultado práctico del hacer, o el efecto jurídico del querer, puede conseguirse mediante una actividad diversa de aquella del obligado" (1).

Menos clara y satisfactoria es a nuestro juicio la construcción que hizo CALAMANDREI en su estudio La sentencia como acto de ejecución forzosa. Partiendo del convencimiento de que "cuando una persona se ha obligado a emitir una declaración de voluntad negocial, su voluntad debe considerarse, para la producción de los efectos jurídicos conexos por la Ley a esa voluntad, como jurídicamente infungible", por lo cual, "cuando esta obligación no sea voluntariamente cumplida, su ejecución forzosa en forma específica debe considerarse jurídicamente imposible" (2), estima que si se admitiese que en caso de incumplimiento de la obligación pudiera obtenerse igual efecto por la voluntad de otra persona, quedaría violada la soberanía de la voluntad de quien se comprometió a emitir la declaración de voluntad. (3). No obstante, la Ley puede consentir a la autoridad judicial sustituirse al obligado cuando este no cumpla. Con la concesión de este poder -que debe ser expreso-, la volición del deudor se hace fungible por la Ley, permitiendo así el Estado que la voluntad del Juez invada la esfera jurídica de aquél (4). El Estado no puede hacer fungible una actividad que naturalmente no lo es, pero sí hacerla fungible jurídicamente, es decir, solamente en el mundo del Derecho, que el Estado ha creado y puede a su arbitrio modificar (5). Distingue dos hipótesis, según que el contenido de -

-
- (1). Instituciones, traducción española t.I, núm. 56.
 - (2). V. el estudio citado, en Estudios, I, pág. 515.
 - (3). Ofr. pág. 516.
 - (4). Ofr. págs. 519, 520.
 - (5). Pág. 521.

la declaración esté determinado de antemano o lo tenga por determinar en todo o en parte. En el segundo caso, la injerencia del Juez en la esfera de autonomía jurídica del obligado es mayor, - pues le sustituye en la concreción de las modalidades del negocio jurídico que están por determinar. Pero en uno y otro caso la conducta del Juez es cualitativamente idéntica. Su naturaleza no corresponde ni a la certificación (pura declaración) ni a la condena; se trata de la ejecución forzosa, en forma específica, de una obligación de hacer. (1). Pero ante la singularidad que supone el hecho de ser efectuada dicha ejecución por medio de una sentencia, resuelve la posible dificultad de encuadramiento teórico aceptando, tras desdénar la teoría chiovendiana de la sentencia constitutiva aplicada a este caso, la de los autores alemanes que ven acumuladas dos actividades en esta sentencia: primeramente una actividad de condena y después una actividad de ejecución, como sustitución de lo que hubiera debido hacer el deudor (2). Justifica su doctrina explicando que esta intromisión limitativa del Estado en la esfera de la capacidad negocial del obligado a la declaración, no difiere en su naturaleza de la que en general tiene la ejecución forzosa. Esta no es tanto y siempre fuerza material sobre las personas o cosas, cuanto siempre y ante todo disminución del poder de disposición sobre aquella esfera, que normalmente es exclusivo e inviolable. (3). Todas estas ideas, apoyadas con referencias a la doctrina chiovendiana sobre la ejecución forzosa, son aplicadas por CALAMANDREI tanto

(1). Págs. 520, 521
(2). Págs. 522-523
(3). Pág. 524.

a los casos en que la obligación de emitir la declaración de voluntad es unilateral como a los de obligación bilateral, o sea, los de contrato preliminar.

Con la promulgación del Código Civil italiano de 1942 apareció una reglamentación legal del tema que estudiamos. El artículo 2932, en su párrafo 1º, dispone que "si el que está obligado a concluir un contrato no cumple la obligación, la otra parte, siempre que sea posible y no esté excluido en el título, puede obtener una sentencia que produzca los efectos del contrato no concluido". Por la rúbrica que encabeza este artículo ("ejecución específica de la obligación de concluir un contrato") se advierte la influencia de la doctrina de CALAMANDREI sobre el legislador.

No obstante, no puede decirse que haya prevalecido en Italia dicha doctrina. Diversos autores interpretan las consecuencias de ese artículo según la concepción de la sentencia constitutiva, que nosotros, de acuerdo con el precedente chiovendiano, estimamos más aceptable. MANDRIOLI aplica a este caso su teoría general de las sentencias constitutivas, que ya conocemos, afirmando, por tanto, que la sentencia dictada por incumplimiento de un precontrato contiene la certificación del derecho constitutivo y la actuación de la actividad constitutiva, que tiene naturaleza de ejecución no forzosa y función sancionadora (1). REDENTI sostiene igualmente la naturaleza constitutiva de esta sentencia, censurando la rúbrica del artículo 2932, que le parece inexacta (2). De la posición de RASELLI nada tenemos que

(1). Cfr. L'azione esecutiva, págs. 582 y ss.
(2). V. Diritto Processuale Civile, 1949, pág. 13.

decir de nuevo, dado el número de veces que, con específicas alusiones al caso que estudiamos, hemos recogido sugerencias suyas - para nuestra construcción.

En Derecho alemán, el párrafo 894 de la Zivilprozessordnung dispone que "si el deudor es condenado a la emisión de una declaración de voluntad, la declaración se da por emitida tan pronto como la sentencia alcanza la fuerza de cosa juzgada". Esta norma afecta, entre otros casos, al del contrato preliminar, que nos ocupa.

A pesar de la alusión que contiene a la idea de condena, ha habido notables escritores germanos (1) que han hablado aquí de sentencia constitutiva, atendiendo a que la decisión da por resultado, a causa de la expresada disposición del Derecho, los mismos efectos jurídico-privados que hubiera producido la declaración de voluntad del demandado. Sin embargo, diversos procesalistas, entre ellos al unos de los más conocidos de la actualidad, sostienen que la sentencia a que el citado párrafo hace referencia tiene un contenido complejo, en el que se acumulan una actividad de condena y una actividad de ejecución. La tesis de que hay sentencia de condena aparece afirmada en MEILWIG (2), con fundamento en el hecho de que el derecho constitutivo no es aquí de naturaleza potestativa - (recuérdese la teoría de este autor sobre la sentencia constitutiva), sino un derecho de obligación. KISCH defiende esta misma postura, manifestando que la sentencia no tiende por su propio contenido a la producción de una modificación jurídica. "El Juez sólo tiene.... que averiguar si el demandado está obligado a la emisión

(1) Según nos dice KISCH: Beiträge zur Urteilslehre, pág. 37.
(2) Lehrbuch, I, págs. 47, Nota, 23, y 232.

de la declaración de voluntad reclamada, y en caso afirmativo, declarar esta obligación". Su decisión tiene naturaleza de condena, de acuerdo con la expresión del legislador. Comoquiera que "la especial función de un pronunciamiento judicial es enteramente diferente del objeto a que se refiere", si bien es cierto que en este caso la sentencia "hace nacer, en virtud de la prescripción positiva, un efecto completamente especial, que en los demás casos no se da",... "éste es mediano, secundario, conceptualmente accidental", ligado a la decisión por razones prácticas, a saber, las dificultades que supondría en otro caso la necesidad de seguir un complicado procedimiento ejecutivo. "Solamente para evitar estas complicaciones, ha dispuesto la Ley que en ciertas relaciones debe ser sustituida por la sentencia la declaración de voluntad". En conclusión, "la sentencia por sí misma es una condena, y el efecto especial ligado a ella una manifestación particular de la ejecución". "El hecho de que ambas funciones se den externamente ligadas en un acto no modifica en nada su diferencia conceptual"(1).

En idéntico sentido se pronuncian ROSENBERG (2) y SCHÖNKE (3).

No obstante la dicción del párrafo 894 de la ZPO. y las opiniones que acabamos de citar, nos parece que conforme a esa norma es perfectamente defendible la teoría de la sentencia constitutiva en el supuesto del precontrato (que no es ciertamente el único a que alcanza el repetido párrafo). De ningún modo creemos que sea admisible la idea de condena en relación con la sentencia allí contemplada, ni siquiera desde el punto de vista de la doctrina alemana,

(1) V. op. cit., pág. 38.

(2) V. págs. 388 y 824 del Lehrbuch, donde habla igualmente de sentencia de condena y de ejecución forzosa.

(3) Derecho Procesal Civil, pág. 152.

que suele contrar este concepto en la idea de un mandato. Es precisa una excesiva ficción para suponer que esa sentencia manda - al demandado emitir la declaración de voluntad y después la ha-- ce valer como emitida. No es convincente además la afirmación de KISCH en el sentido de que el efecto creador de la sentencia es secundario y accidental, sobre todo si se tiene en cuenta que después reconoce que la sentencia sustituye a la declaración de voluntad para evitar las complicaciones de un difícil procedimiento ejecutivo. Por lo que se refiere a la naturaleza del efecto creador, de ninguna manera estamos acertado, conforme a lo dicho, - que consista en la ejecución de la propia sentencia, acumulada en un mismo acto a su declaración de voluntad condenatoria. A lo sumo, podría aceptarse que el acto constitutivo de la sentencia ejecuta la relación jurídica privada presupuesta por la acción constitutiva, en el sentido de realizar la situación de hecho a la cual está proyectada (la situación jurídica definitiva, considerada como un hecho); pero ya se sabe que en nuestro concepto, la ejecución procesal no siempre significa actuación de una sentencia, ni queda definida suficientemente con la idea de realización de una situación jurídica privada, sino que esta idea necesita ser delimitada por la de efectucción de una conducta material por el Órgano jurisdiccional, para tal fin; conducta que tiene lugar a través de un procedimiento distinto del que desemboca en la sentencia (aunque siga inmediatamente a ésta), y que justamente es tomado por el Derecho privado como un hecho material para instaurar sobre él nuevas situaciones jurídicas, de las cuales el Proceso no es ya causa directa.

En España, la doctrina científica ha enlucado el problema del incumplimiento del precontrato predominantemente con mentalidad -

de condena y de ejecución. Ante la imposibilidad de forzar al obligado a querer el contrato definitivo y la natural infungibilidad de dicho consentimiento final (por tanto, ante la imposibilidad de ejecutar por forzamiento o representación -recuérdese lo expuesto anteriormente- la sentencia de condena a la prestación de ese consentimiento), se optó, siguiendo la tesis defendida por JOVIANNO en una notable monografía sobre el precontrato, por reconocer que esta figura sólo puede dar lugar a una acción condenatoria de indemnización (1). Con esta solución se mantenía el concepto del precontrato como acto independiente, de función autónoma, pero se lo condenaba a una existencia requitica, declarándole prácticamente inopas para servir directamente a la obtención de la situación jurídica definitiva (causa inmediata del precontrato) e indirectamente a la producción de los efectos de esta situación jurídica (causa mediata). Reaccionando contra esta precariedad, se ha formado la dirección doctrinal que considera suficiente la voluntad expresada en el precontrato para fundar la situación jurídica definitiva. De este modo se hace posible, en el caso de incumplimiento de aquél, la consecución de una condena relativa a los efectos de dicha situación jurídica final y, en su caso la ejecución de los mismos.

No cabe duda que esta posición represente un progreso sobre la anterior; pero sus ventajas prácticas cuestan el sacrificio de la autonomía funcional del precontrato, que ahora queda en el fondo negada, tal como vimos precedentemente. Mas, comoquiera que esta función autónoma no puede ser desconocida y además se debe respetar en todo caso el exacto contenido de las manifestaciones de

(1) Cfr. JASTAN: Derecho Civil, IV, pág. 32; DE CASTRO: La Promesa de contrato, pág. 118; del Anuario de Derecho Civil, III.

la voluntad privada, se impone la necesidad de superar con una tercera posición los inconvenientes de esas dos concepciones antitéticas. Dicha posición es justamente la que proporciona la teoría de la sentencia constitutiva, aplicada en el sentido de que el Juez puede sustituir al obligado a celebrar el contrato definitivo, que no cumple, no representando su voluntad, sino prescindiendo de ella y estableciendo directamente la situación jurídica final (aceptamos fielmente, como se ve, las ideas de CHIOVENDA).

En nuestro Derecho positivo la cuestión no está genéricamente resuelta como en el extranjero. El artículo 1098 del Código Civil ("Si el obligado a hacer una cosa no la hiciera, se mandará ejecutar a su costa") puede ser, debidamente interpretado, una buena base sobre la que apoyar la teoría de la sentencia constitutiva. Sobre todo actualmente, cuando la Ley de Arbitraje de 1953 ha establecido el que llama "procedimiento de formalización del compromiso", cuyo acto decisorio (un auto: artículo 10 de la Ley) constituye realmente la situación jurídica que el compromiso lleva consigo.

El Tribunal Supremo no ha apuntado hasta ahora su doctrina en esta dirección. Se ha enfrentado abiertamente con el problema del incumplimiento del precontrato, entendido en su genuino sentido, la Sentencia de 9 de julio de 1940 en la que, a la vez que se reconoce la independencia del precontrato como acto generador de la obligación de celebrar el negocio definitivo, se declara que "ni su incumplimiento puede producir otro efecto que el de un resarcimiento de perjuicios, precisamente por ser el consentimiento que ha de prestarse objeto único de la obligación y acto personalísimo; ni puede autorizar a que -

la voluntad del obligado se sustituya por obra de la autoridad del Juez, dando así irregularmente vida a un contrato que sin el común, expreso y máximo asenso de las partes no puede nacer? Fácilmente se percibe que estas expresiones están inspiradas en la primera de las dos posiciones doctrinales fundamentales que entre nosotros se han dado. Pero frente a esta orientación, el Tribunal Supremo, realizando un esfuerzo doctrinal para fortalecer la figura del precontrato, se ha pronunciado también en el sentido de que este acto encierra fuerza bastante para dar lugar a una acción condenatoria respecto a los efectos del contrato definitivo. Ya sabemos que a ese resultado ha llegado por el camino de estimar que en el contrato preliminar se contiene un consentimiento suficiente para generar la situación jurídica definitiva. En diversas sentencias ha asumido esta postura a propósito estrictamente de promesas de compra y venta, valiéndose de las expresiones un tanto imprecisas del artículo 1451 del Código Civil (1). Pero en la de 1 de julio de 1950 ha forzado una generalización de esa doctrina, al considerar la promesa de venta como un contrato -reafirmando su diferenciación de la compra venta propiamente dicha- y declarar que para su consumación "no se requiere una nueva y especial manifestación de voluntad, por venir ya prestado para ello el suficiente consentimiento al perfeccionarse aquel contrato", por lo cual, en caso de incumplimiento, sería de aplicar el artículo 1098 del Código Civil, para obtener la ejecución de los efectos de la situación jurídica final. Pero ya sabemos que siguiendo esa ruta se ha anulado prácticamente la independencia del precontrato, por lo cual el recog

(1). V., p.e., S. 7-II-1945.

nacimiento de la posibilidad de la acción condenatoria y de la ejecutiva en virtud del acto inicial, significa en el fondo un desenfoco de la verdadera cuestión sobre las consecuencias procesales del incumplimiento del precontrato.

Ante la conveniencia, pues, de mantener el pristino concepto del precontrato, el Tribunal Supremo sólo nos ofrece la solución anticuada de la Sentencia de 1940, por lo cual se impone la necesidad de que nuestro máximo Órgano de justicia adopte la doctrina de la sentencia constitutiva, siguiendo las inspiraciones del Derecho extranjero. Creemos por ello acertadas y dignas de generalización las palabras con que CALVILLO, a propósito de la promesa de comprar y vender, marca el camino que a su entender debe seguir la evolución jurisprudencial en relación con el problema que estudiamos. Ante el hecho del incumplimiento -nos dice-, en el supuesto de auténtica voluntad privada de celebrar un contrato preliminar, "parece insuficiente la consecuencia jurídica de la mera indemnización de daños y perjuicios y desmesurada la de la representación del deudor por la autoridad judicial, por lo que debe pensarse en la conveniencia de acclimatar en nuestro Derecho la solución de otorgar a la sentencia.....fuerza bastante para producir los efectos jurídicos del negocio no concluido..." (1).

En síntesis de todo cuanto acabamos de exponer, creemos que en nuestro Derecho es defendible la tesis de la sentencia constitutiva a propósito de la acción nacida del contrato preliminar. Claro está que para que esta acción nazca y pueda traducirse en una tal sentencia, no basta simplemente con que dos o más personas se hayan comprometido a celebrar un contrato futu-

(1). Artículo cit., pág. 598 del n° 198 de la RGLJ.

re, sino que habrán de concurrir otras condiciones concretas. Podemos señalar como tales las siguientes:

a) Que las partes hayan querido realmente concretar un contrato independiente.

b) Que hayan previsto la especie y los elementos esenciales del contrato futuro (1). Estos elementos variarán de unos casos a otros. En un precontrato de compraventa, habrá que determinar en todo caso la cosa con precisión o dar criterios suficientes para su fijación; en cuanto al precio, estimamos que no es necesario un señalamiento riguroso de su cuantía, sino que bastará con la indicación de un criterio regulador (el que sea justo, el que determine un perito, etc.). En un precontrato de trabajo, bastará a nuestro entender con una determinación genérica de la actividad laboral que habrá de prestarse, sin necesidad de fijar el salario, naturalmente, en los casos en que éste está oficialmente reglamentado.

c) Que la sustitución judicial -en el sentido que conocemos- sea posible (recuérdese la dición del artículo 2932 del Código Civil italiano); es decir, que con la sentencia pueda realmente instituirse la misma situación jurídica que hubiera derivado del contrato definitivo. Piénsese en todos aquellos casos en que la trama jurídica que liga a las partes está apoyada sobre una base sociológica consistente en la confianza (p.e., en una relación de servicio doméstico) o la cooperación (p.e., una sociedad mercantil). En estos supuestos, la pretensión procesal sólo podrá conseguir muchas veces una condena para resarcimiento.

(1). Cfr. CASTAN: op. cit., pág. 31; DE CASTRO: estudio cit., pág. 1185.

Por último, sólo nos queda que reafirmar que en este supuesto de sentencia constitutiva se trata de constitución en sentido estricto, y que aludir ligeramente a los principios rectores de esta constitución. Por lo que atañe a lo primero, no creemos necesario dar más razones para ello, pues resulta claro de nuestra exposición. La Ley de Arbitraje de 1953 nos muestra netamente que el auto estimatorio recaído en el procedimiento por ella regulado (o la sentencia del procedimiento ordinario que puede seguirse caso de auto desestimatorio) establece ex novo una situación jurídica que no presupone la extinción de otra anterior.

En cuanto a los principios que rigen esta constitución, fundamentalmente interviene el de legalidad, puesto que el Juez ha de constituir lo que, según las normas del Derecho privado, las partes debieron constituir; pero cabe que junto a él actúe el de equidad, en cuanto el Juez haya de fijar los elementos complementarios de la situación jurídica final (p.e., la fijación de un plazo, conforme al artículo 1128 del Código Civil) o los límites exactos de los esenciales (p.e., la determinación del precio justo o la del trabajo concreto que ha de prestar una de las partes en favor de la otra).

II. SERVIDUMBRE LEGAL DE PASO.- Elegimos este supuesto por considerarlo de suficiente interés para nuestro estudio, en razón de los detalles que ofrece su regulación legal entre nosotros. No excluimos, de ningún modo, la posibilidad de sentencias constitutivas en relación con otros tipos de servidumbres legales; sobre todo, sentencias dictadas en ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa, dada la especial regulación de que la mayoría de las expresadas servidumbres legales son objeto en las leyes

administrativas.

Nos reducimos, pues, al tema de la constitución de la servidumbre legal de paso. Pero, precisamente, de paso con carácter permanente, pues el paso transitorio tiene menos relevancia. Nuestro Código Civil trata de ese tema en el artículo 564 y siguientes. El primero concede al propietario de una finca o heredad enclavada entre otras ajenas y sin salida a camino público, "derecho a exigir paso por las heredades vecinas, previa la correspondiente indemnización".

A guisa de ejemplo, hemos trazado en lugar precedente el que consideramos esquema completo de ese derecho material "a exigir" y sus derivaciones. Repitémoslo ahora para enlazar después con el derecho de acción constitutiva que puede surgir con fundamento en tal derecho material. Cuando se da la circunstancia de hecho que el artículo prevé, es decir, el enclavamiento de una finca entre otras, el propietario de aquélla asume la titularidad de un derecho de naturaleza potestativa: el de pedir al propietario del fundo en que concurren las condiciones para ser sirviente, la actividad necesaria para que la servidumbre nazca (consentimiento, formalización de escritura). Correlativo de tal potestad, es la obligación potencial (o lo que es lo mismo, la sumisión a la eventualidad de quedar obligado) a realizar tal actividad. No puede decirse que por el solo hecho de producirse la indicada circunstancia aparezca directamente una relación jurídica obligacional, en virtud de la cual quede actualmente obligado el dueño del presunto predio sirviente a la constitución del derecho real por un determinado sitio. Esa relación adquiere auténtica y rigurosa configuración cuando el propietario de la finca "intercluida" ejercita y agota aquel derecho potestativo. La posición activa de esta re-

lación obligacional se puede designar como derecho a pasar por el otro fundo; pero en realidad, con este concepto sólo se explica la atribución indirecta, que hace la Ley al titular de ese derecho, del bien que para él significa el pago. Esa atribución es el substrato sobre el cual aparece la verdadera sustancia de la indicada posición activa, rigurosamente considerada: la atribución del bien inmediato que representa la actividad constitutiva del propietario del fundo sirviente.

Si este propietario cumple su obligación y se pone de acuerdo con el titular del poder respecto al punto por el que ha de ejercitarse el paso (quedando conjugados los dos criterios del artículo 565: mínimo perjuicio para el fundo sirviente y mínima distancia al camino público), así como respecto a la anchura de la servidumbre -al decir del artículo 566- y a la cuantía de la indemnización -de acuerdo con los conceptos del artículo 564-, de la concurrencia de los consentimientos de uno y otro sujeto, revestida de los necesarios requisitos de forma, surgirá la servidumbre propiamente dicha.

Pero pueden ocurrir otras dos cosas: que el sujeto pasivo no se preste a constituir la servidumbre o que, aun consentiendo en ello, exista discordancia entre él y el sujeto activo acerca de las circunstancias especiales de la servidumbre o la cuantía de la indemnización que el segundo habrá de pagar.

En el primer caso, estimamos que, en virtud de una norma instrumental implícita (norma intermedia o justicial material), surge a favor del sujeto activo de la relación obligacional un derecho potestativo de acción concreta para la constitución judicial de la servidumbre. Ejercitado este derecho potestativo intermedio o instrumental, quedará, de acuerdo con conceptos ya ex

puestos, transformado en un derecho procesal de carácter relativo. La sentencia que actúe este derecho, satisfaciendo positivamente la pretensión en que se ejercitó el derecho potestativo, - constituirá la servidumbre, si bien con la condición suspensiva de que el actor abone la cantidad en que por la misma sentencia se haya fijado la indemnización (toda vez que el Código Civil - concede el derecho a exigir la servidumbre previa la indemnización).

En el segundo caso, como quiera que el sujeto pasivo de la relación obligacional se muestra dispuesto a crear la servidumbre, creemos que bastará con una sentencia certificativa (meramente declarativa) para la tutela jurídica; en ella se fijará el sitio exacto por el que ha de ser establecido el paso o el importe de la indemnización.

Volviendo a la conclusión anterior, entendemos que aunque el Código nada diga expresamente sobre la admisibilidad de una - sentencia constitutiva para la creación de la servidumbre que estudiamos, este régimen es aceptable por dos razones:

1ª: Porque es la vía más lógica para satisfacer jurisdiccionalmente el derecho del propietario del presunto fundo dominante, pues sería dispendioso dividir esa tutela en dos momentos, uno de condena con fijación de las características de la servidumbre (fijación que comportaría una constitución accidental) y otro de ejecución (que habría que entenderla como una especie de puesta en posesión de la faja de terreno por la que el actor podría efectuar el paso).

2ª: Porque el artículo 540, dentro de la sección relativa a los modos de adquirir las servidumbres en general (en realidad

parece referirse más bien a las servidumbres voluntarias), establece que la falta de título constitutivo de las que no pueden adquirirse por prescripción (las continuas no aparentes y las discontinuas) puede ser suplida por una escritura de reconocimiento o por sentencia firme. Aun cuando la servidumbre - que nosotros estudiamos no encaja propiamente en el supuesto de ese artículo, pues es continua y aparente, es lógico considerar válido para ellas el mismo régimen del artículo 540, entendiendo como "falta de título" la falta de acuerdo entre los propietarios de los fundos afectados, por negativa de uno de ellos a cumplir su obligación o por incompatibilidad de sus - puntos de vista.

Aparte de esto, aducimos una razón de Derecho comparado: el artículo 1032 del Código Civil italiano, donde se dispone que. "cuando por fuerza de Ley el propietario de un fundo tiene derecho a obtener de parte del propietario de otro fundo la constitución de una servidumbre, ésta, en defecto de contrato, se constituye por sentencia". Y en su párrafo segundo: "La sentencia establecerá las modalidades de la servidumbre y determinará la indemnización debida". Este artículo permite enmarcar la sentencia prevista en la clase de las constitutivas sustitutivas (1). Queda así a nuestro juicio superado el punto de vista de CHIOVENDA, que admitía, a propósito de la servidumbre legal de paso, la posibilidad de lo que nosotros llamamos una sentencia constitutiva alternativa; es decir, una sentencia que no presupone la obliga-

(1). V. MANDRIOLI: L'Azione esecutiva, pág. 598 y ss., donde habla, de la relación jurídica obligacional privada para su establecimiento.

ción privada de constituir aquélla (1).

No creemos que existan dificultades para aplicar este mismo régimen en Derecho español. Sirvanos de apoyo, en último lugar, el reconocimiento de una posible sentencia constitutiva, que, en el caso del artículo 540 de nuestro Código hace el profesor PRIETO-CASTRO (2).

La constitución jurisdiccional tiene en este caso un claro sentido positivo de creación. La sentencia (sustitutiva) da origen a la situación jurídica implicada por el derecho real de servidumbre de paso. Puede decirse que modifica la situación jurídica de propiedad del fundo sirviente, que preexistía, en cuanto que restringe las atribuciones del dueño; pero el aspecto creativo de la misma aparece en un plano más destacado, puesto que en él consiste directamente el bien perseguido con la pretensión.

Esa constitución estará claramente regida en algunos aspectos por el principio de equidad (conjugado, naturalmente, con el de legalidad, pues ya sabemos que éste interviene siempre). Aparte de que, según nuestra jurisprudencia, la exigencia que autoriza el artículo 564 ha de estar apoyada en una auténtica necesidad del presunto predio dominante (3), el Juez habrá de fijar las circunstancias de la servidumbre con arreglo a los criterios del artículo 565 -ya citados- y del 566 (anchura de la faja de terreno), así como la cuantía de la indemnización -apreciando, junto al valor del terreno ocupado, el importe de unos daños para cuya estimación no siempre bastarán criterios matemáticos.

(1). Ofr. Principios, I, pág. 236.

(2). Ofr. Derecho Procesal Civil, I, 1949, pág. 65.

(3). V., p.e., 3. 26-11-1927.

III. RETRACTO LEGAL. - El derecho de retracto legal aparece configurado por el artículo 1521 del Código Civil como un derecho subjetivo privado, de naturaleza potestativa. Lo que ese artículo concede al comunero, colindante, arrendatario, etc., es la posibilidad subjetiva de obligar al adquirente de la cosa a transferírsela en las mismas condiciones del contrato. Por tanto, únicamente en caso de incumplimiento de dicha obligación - que presupondría el ofrecimiento del mismo precio de adquisición - podría surgir un derecho de acción en el titular de la atribución jurídica para obtener jurisdiccionalmente la propiedad de la cosa.

Pero esta construcción encuentra una fuerte barrera en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Al señalar ésta en su artículo 1618 el breve plazo de nueve días para la presentación de la demanda de retracto, a contar desde el otorgamiento de la escritura, y estar dispensado en un primer momento el acto de conciliación - por el artículo 461, sin hacerse la menor alusión a un posible acto privado de reclamación posterior a la venta, hay motivo suficiente para entender que la Ley, implícitamente, considera la acción de retracto nacida directamente del otorgamiento de la escritura. ¿Puede aceptarse esto en buena lógica jurídica? Creemos que tan sólo si se estima que con la compraventa y la consiguiente transferencia del dominio se ha lesionado un preexistente derecho de adquisición preferente a favor del titular de la supuesta acción (1). Pero este previo derecho material no sería

(1). V. en este sentido la Sentencia de 3-II-1952, en la que se declaró que hasta el momento de la consumación de la compraventa "no se lesiona realmente el derecho de preferencia del retrayente".

otra cosa que el reconocido doctrinal y legalmente con el nombre de derecho de tanteo. Por donde vendría a suceder que el derecho de retracto no sería otra cosa que la acción nacida de la oposición jurídica implicada por la lesión del derecho material de tanteo; por tanto, no sería un derecho subjetivo sustantivo, sino intermedio (justicial material) o procesal, según se lo considere antes o después de la pretensión. Pero ¿cómo compaginar esto con la distinción que la propia Ley hace entre las demandas de tanteo y retracto? (1). La solución más simple que encontramos a este problema (razonando por ahora al margen de las normas del Código Civil por exigencias dialécticas) consiste en entender que la demanda de que habla el artículo 1618 de la LDC, sólo lo es en sentido potencial si es interpuesta sin previo acto de conciliación, y que se actualiza realmente al celebrarse dicho acto sin acuerdo. Si, por el contrario precedió el intento de conciliación, la demanda contiene una pretensión actual. En cualquier caso, hay que admitir que el repetido acto conciliatorio no presupone aquí, como en los supuestos normales, una oposición jurídica, real o meramente afirmada ("pretendida"), sino sólo la existencia --o "pretensión"-- del derecho sustantivo de retracto, que a través de él es ejercitado real o aparentemente. El derecho de acción surge directamente del mismo acto, caso de no lograrse acuerdo, si el derecho de retracto existe realmente.

El Código Civil vino a esclarecer algo este régimen. Aparte de definir el derecho de retracto, según hemos visto al --

(1). V., p.e., el mismo art. 461 cit.

principio, como un poder de naturaleza sustantiva, dispone en su artículo 1524 que no podrá ejercitarse el derecho de retrato legal sino dentro de nueve días contados desde la inscripción en el Registro, y en su defecto, desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta. Además de modificarse el momento inicial del mismo plazo de caducidad establecido por la LEC., lo más significativo de este artículo es que habla de ejercicio del derecho de retrato, y no precisamente de interposición de demanda. Esto podría bien dar base para sustentar la doctrina que hemos expuesto inicialmente. Conforme a ella, el plazo de nueve días se referiría ya -quedando derogado implícitamente la norma del artículo 1618 de la LEC. -no al planteamiento procesal de la cuestión, sino al extraprocesal de la exigencia jurídica que el derecho potestativo de retrato autoriza. Para esta exigencia bastaría un requerimiento en forma auténtica, acompañado con el ofrecimiento del precio de adquisición de la cosa. La ineficacia de dicho requerimiento sería lo que diese verdadero título a la pretensión de retrato.

Esta construcción es, como se advertirá, similar a las correspondientes a los supuestos del precontrato y de la servidumbre legal, ya estudiados. En cada uno de los tres casos, la potestad de acción nace del incumplimiento de una obligación -privada de emitir el acto de voluntad necesario para la constitución de una situación jurídica material. Así creemos debe ser entendido, de conformidad con las bases teóricas fundamentales de la institución procesal, cuya proyección finalista -presupone siempre, como sabemos, una determinada situación de oposición jurídica.

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha llegado en materia de retracto a admitir exactamente la doctrina expuesta. Hasta ahora, el punto máximo que ha alcanzado estriba en considerar el acto de conciliación unido a la consignación del — precio — como una forma de ejercicio del derecho de retracto, entendiéndose modificado en este punto el artículo 1618 de la LEC. (1). En consecuencia, ha reconocido en alguna Sentencia que el plazo de exigibilidad de nueve días no rige ya que para la demanda, si dentro de ellos tiene lugar el acto de conciliación (2). Pero no ha llegado a declarar necesario el acto de conciliación con precedencia a la demanda, sino que ésta puede ser interpuesta dentro de los nueve días, dejándose para después la celebración de aquél. Por tanto, pueden aplicarse a este último supuesto los conceptos antes expresados acerca del carácter potencial de la demanda y su actualización cuando el acto conciliatorio termina sin avenencia.

De todos modos, puede asegurarse que el ejercicio del derecho potestativo de retracto le transforma en un derecho de crédito y — que la insatisfacción de éste da origen a la acción de retracto. La pretensión que la afirma persigue "que se subroge el retrayente en el lugar del que adquirió la cosa, en virtud de la transmisión que origina el retracto, y, por tanto, la constitución de la situación jurídica que coloca al pretendiente en la situación de adquirente del bien retraído" (3), puesto que, como expresa la Sentencia de 24-IV-1951, "el objeto de la acción de retracto es que se declare por el jugador el derecho del retrayente a hacer suya la finca, subre-

(1) V., entre otras, las Sentencias de 21-II-1931, 12-VI-1936, 30-IV-1940, 10-III-1945, 27-I-1950.

(2) V. Sentencia 30-IV-1940.

(3) GUASP: Derecho Procesal Civil, pág. 1132.

gándose en el lugar del que la adquirió, y que, como medio para ello, se le otorgue el correspondiente título, con sus consecuencias naturales en el Registro de la Propiedad".

La sentencia que estima la pretensión es, pues, constitutiva. Naturalmente, para constituir la propiedad a favor del comprador, tiene que eliminar la propiedad del primer adquirente; lo cual quiere decir que concurren en esta sentencia las dos formas extremas de la constitución jurisdiccional: extinción y creación. Nosotros, a pesar de que el Código Civil enfoca el retrato desde el primer punto de vista, considerándolo como una forma de resolución de la venta (en rigor, resolución de la situación jurídica creada por la venta), estimamos que por predominar en la pretensión el aspecto de la creación jurídica que se persigue, corresponde encuadrar la sentencia en el grupo de las de constitución estricta.

En el pronunciamiento de esta sentencia interviene meramente el principio de legalidad. El Juez se limita a comprobar si se dan estrictamente los presupuestos legales de la acción y a declarar, en caso afirmativo, la subrogación en los estrictos términos prevenidos por las normas materiales.

CAPITULO SEGUNDO

CASOS DE MODIFICACION

Elegimos cuatro manifestaciones de constitución jurídica para cubrir este tema: incapacidad (en sus dos formas características de nuestro Derecho: incapacidad por enfermedad e incapacidad por prodigalidad), divorcio en matrimonios civiles, reducción de la cuantía de la cláusula penal y moderación de los honorarios de los Abogados.

I. INCAPACITACION. - Estudiaremos separadamente la incapacidad por enfermedad y la incapacidad por prodigalidad, refiriéndonos, dentro de cada una de estas modalidades, tanto a la hipótesis de la incapacidad como a la de la reintegración de la capacidad.

1. El Código Civil, en sus artículos 214 y 215, concede a determinados sujetos el poder jurídico de pedir la declaración judicial de incapacidad de los locos y sordomudos, que exige en el artículo 213 como requisito para el nombramiento de tutor. Se trata de un poder jurídico (posibilidad de obrar, atribuida para la protección de un interés) que ha de ser encuadrado en la categoría de los derechos del poder jurídico o potestativos. Es, como todos éstos, un derecho de modificación jurídica, que en el presente caso tiene por función la modificación del estado jurídico del loco o del sordomudo (Después explicaremos estos conceptos). Pero

¿es un derecho de acción procesal?

Si enfocamos la cuestión desde el plano puramente técnico y recurrimos a los conceptos expuestos acerca de la función jurisdiccional y el derecho de acción, nos resistiremos a admitir que por el solo hecho de que en una persona concurren las condiciones del loco o sordomudo, la Ley confiera directamente a otros sujetos determinados (abogado, etc.) el derecho de obtener, a ~~favor~~ ^{favor} una declaración jurisdiccional que imponga a la voluntad de aquél la alteración de su esfera jurídica. Para que esto se diera, sería necesaria la existencia de una cierta situación de oposición jurídica imputable de alguna manera a la voluntad del enfermo y lesiva de los intereses de los segundos. Únicamente sobre este supuesto se podría concebir una auténtica imposición jurisdiccional. Pero en los casos de que tratamos, sólo de una manera excesivamente artificial cabría construir esa oposición jurídica. Aparte de esto, es notorio en la doctrina el sentido de protección de los propios intereses del loco o sordomudo, que aliente en las actuaciones judiciales para su incapacitación (1)

El Código Civil, al exigir en el artículo 216 que la declaración de incapacidad se haga sumariamente, no establece de modo claro que el procedimiento de incapacitación haya de ser jurisdiccional desde el primer momento. En nuestra doctrina procesal se ha discutido bastante en torno a si ese procedimiento sumario ha de ser contencioso, y, caso afirmativo, si ha de ser alguno de los regulados en la LEC, o uno especial fundado en las normas del Código. No vamos a entrar a fondo en estas cuestio-

(1) V. p.e., FERRER-CASTRO: Derecho Procesal Civil, II, 1974 pág. 111.

-que no todas corresponden a este lugar exactamente-, sino sólo a tocar los puntos que nos parezcan necesarios para el debido conocimiento de nuestra actual tema. Nos fijaremos en tres posiciones doctrinales aparecidas en sendos artículos publicados en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia y en la de Derecho Privado, directamente relacionados con el proceso de incapacitación o reintegración de la capacidad.

FRANCISCO ORTEGA (1) sostiene que puede obtenerse una declaración de incapacidad provisional o definitiva. Para lo primero, pueden seguirse dos procedimientos: el indicado en el artículo 228 -que a su juicio, de acuerdo con SANCHEZ ROMAN y "MUCIUS SCAEVOLA", ha de ser precisamente el de los incidentes- y el que el artículo 1848 de la LEC. establece, con naturaleza de jurisdicción voluntaria, que no trébate previo al nombramiento de curador ejemplar. La declaración definitiva no existe ni puede existir sino cuando se haya dictado en juicio ordinario de mayor cuantía, de acuerdo con lo establecido en el artículo 483 de la LEC. Pero no considera necesario que para el pronunciamiento de esta declaración definitiva preceda la declaración provisional, pues admite que las partes puedan llegar directamente aquella entablando el juicio de mayor cuantía(2). En cuanto a la reintegración de la capacidad, estima que para que pueda ser declarada ha de acordarse directamente al juicio ordinario de mayor cuantía (3).

A pesar de las normas y Sentencias que cita al autor en apoyo de su tesis, ésta no es satisfactoria. Poner en plano de igualdad un procedimiento contencioso y otro de jurisdicción voluntaria, con

(1) ~~Tratado de algunas cuestiones relativas en relación con las~~
~~declaraciones de incapacidad y de reintegración de la capacidad de~~
~~los sujetos a incapacitarse, en el N.º 171 de la REVISTA, págs. 304 y ss.~~
(2) ~~Idem, ibidem, págs. 308, 309 y 310.~~
(3) ~~Idem, págs. 317.~~

considerando tan provisional la decisión recabida en uno como en otro, es adoptar una solución ambigua y científicamente precaria; máxime, si además se deja tanto a uno como a otro en la condición de simple medio optativo, no necesario. Por otra parte, la diferenciación establecida para el tema de la reintegración de la capacidad, no se justifica en buena doctrina, pues la lógica aconseja que se recorra el mismo camino para la reintegración de la capacidad que para la incoapacitación.

DE LA PLAZA, en su artículo El régimen procesal de la declaración de incapacidad (1) se opone a la tesis de que bajo el concepto de sumariidad el Código Civil se refiere a un expediente de jurisdicción voluntaria, razonando que, aunque pueda favorecerla la falta de una dualidad de partes, "el hecho cierto es que la necesaria dualidad tanto puede ofrecerse in actu como en potencia; o más claramente, la dualidad existe siempre que exista la posibilidad de una contrapuesta actuación" (2). Por tanto, el artículo 218 alude a un procedimiento contencioso; pero un procedimiento peculiar, de naturaleza inquisitiva, apoyado en las incompletas normas del Código Civil, y que tiene la particularidad de que su decisión sólo puede ser impugnada, de acuerdo con el artículo 219, mediante un juicio ordinari; no un recurso (3). De ningún modo ha de ser el procedimiento inicial, pues el seguir éste "difícilmente podría justificar la posterior incoacción de otro proceso declaratorio", ya que esta incoacción establecería "una pugna entre dos procesos de traza análoga y, eventualmente, una contradicción entre dos sentencias que producen por igual la cosa juzgada".

(1) Revista de Derecho Privado, 1956, págs. 897 y ss.

(2) Id. págs. 898 y 899.

(3) Id. págs. 904 y 905.

da" (1). Respecto a la reintegración de la capacidad, su criterio se adhiera justamente al sistema de paralelismo que rige en el Derecho extranjero, estimando que si la incapacidad se obtuvo regularmente, del mismo modo habrá que proceder para la reintegración, y sólo en caso de que se hubiese acordado al juicio declarativo, estaría justificada la incesación de otro, para deshacer el hecho por los mismos trámites (2).

Queremos hacer una observación sólo en relación con el punto de estas ideas que más nos interesa. No es a nuestro entender conveniente, en pura lógica jurídica, justificar el carácter contencioso del procedimiento de incapacidad argumentando la existencia potencial de una contrapuesta actuación, o, lo que según el autor es igual la existencia de una dualidad potencial de partes. Nos parece que el concepto de parte se pone así en función de la idea de conflicto de voluntades, y que de ésta se hace depender el concepto de jurisdicción contenciosa o propiamente dicha. Ni las partes de un proceso lo son siempre por haberse suscitado entre ellas con anterioridad un conflicto de voluntades (o de intereses, que viene a ser lo mismo), ni su actuación contrapuesta ante el Juez es presupuesta lógica de la naturaleza contenciosa de la función de éste, sino más bien un hecho que normalmente es consecuencia de esa naturaleza. Creemos haber explicado suficientemente la esencia de la jurisdicción mediante el concepto de la ordenación social sobre casos concretos en razón del conocimiento de ciertas situaciones de oposición jurídica, que, al ser abstractamente previstas por las normas, determinan dos realidades el hecho material del

(1) Pág. 905.

(2) Cfr. Pág. 907.

otorgamiento de potestades de acción concreta, y el hecho formal de la autorización o admisión, por las mismas normas, de los actos de pretensión procesal necesarios para la afirmación de aquellas desarmonías y el ejercicio de las consiguientes potestades. Por tanto, en el caso concreto, no hay jurisdicción si no hay verdadera pretensión, es decir, la petición de un acto estatal de ex denación, fundada en la afirmación de una oposición jurídica; en consecuencia, son verdaderas partes procesales los sujetos prendidos en la órbita de dicha oposición jurídica, en cuanto afirmada por la pretensión.

Ultimamente, REYES MONTERREAL ha contribuido con nuevas perspectivas a la construcción doctrinal de estos procesos de incapacitación. En el trabajo que bajo el título El proceso sobre reinstauración de la capacidad ha publicado en el número 202 (1997) de la Rev. General de Legisl. y Jurispr. (1) expone una teoría cuyas líneas fundamentales resumimos así:

- Las normas del artículo 1848 de la LEG. han sido derogadas por el Código Civil, que no conoce ya la figura de la curaduría (2).

-El procedimiento sumario que para la declaración exige el art. 218 del Cód. Civ. es un expediente de jurisdicción voluntaria, "muy parecido, si no idéntico", al que ordenaba aquel artículo de la LEG. Aunque éste haya sido derogado implícitamente por el Código Civil, como éste no señala ningún procedimiento en lugar del allí previsto, hay que entender que se remite indirectamente a ese mismo procedimiento. Aunque las normas sustantivas hayan sido variadas (al suprimirse la curatela), se han mantenido las normas de pro--

(1). Pág. 36 y ss.

(2). V. pág. 90.

ordinario (1). Este sistema está teóricamente justificado, puesto que en la mayoría de los casos, la declaración sumaria del Código Civil, como tal, "ni ofrece dualidad de partes contrapuestas (pues aunque hay un pretensor como parte en el expediente, no pugna de considerarse como contra-parte procesal al presunto incapaz), ni hay tampoco en la mayoría de los supuestos contienda entre -- ellas" (2). No basta, para que deba considerarse contencioso ese procedimiento sumario, la razón de que existe en potencia una contraposición de voluntades, pues este hecho es común a todos los actos de jurisdicción voluntaria (3). Además, las mismas expresiones legales abonan la interpretación dada. El artículo 219 habla de "expediente de incapacidad" y de "autos" que le pongan término; conceptos estos, que no se compaginan con la idea de un verdadero proceso. En cambio, cuando el Código Civil se refiere al juicio ordinario que puede suscitarse, habla claramente de demanda (4). Por otra parte, la solución admitida explica de una manera más satisfactoria el sentido de la impugnación que prevé el artículo 219. Contra la decisión recaída en un acto de jurisdicción voluntaria, es perfectamente lógica la posibilidad de una demanda en el juicio ordinario correspondiente, puesto que aquélla no produce cosa juzgada (5). Por el contrario, "debida una cuestión contenciosa en pleito, no cabe poner pleito nuevo de distinta naturaleza sobre los mismos hechos y entre las mismas personas" (6).

-
- (1). Págs. 55, 56.
 - (2). Pág. 57
 - (3). Pág. 61
 - (4). V. págs. 58 y 60
 - (5). V. págs. 58
 - (6). Pág. 61.

-En consecuencia, el camino inicial que ha de seguirse para obtener la incapacitación, es un expediente de jurisdicción voluntaria, al cual el autor llama, tomando la dicción del artículo 1848, ~~jurisdicción~~. Pero caso de que surja una oposición en dicho expediente, éste se transformará, como todos los de su clase, en procedimiento contencioso. Pero los trámites de este procedimiento no serán los del juicio ordinario de mayor cuantía, puesto que éste está pensado para la impugnación del auto recaído normalmente en el expediente; sino que serán los del procedimiento incidental, conforme a la disposición del artículo 1873, relativo a todos los actos de jurisdicción voluntaria (1).

-Por último, para la reintegración de la capacidad, defiendo el criterio del paralelismo, afirmado ya en la doctrina y la jurisprudencia. Habrá que seguir primeramente también, en esta hipótesis, un expediente de jurisdicción voluntaria (2).

Nos parece bastante acertada esta doctrina, que concuerda perfectamente con la cuestión que anteriormente planteamos acerca del derecho constitutivo que el Código Civil concede para la incapacitación del loco o semi loco. Podemos fundadamente afirmar que no es un derecho de acción procesal, aunque pueda transformarse en tal, puesto que la vía inicial ^{que} para su efectividad se designa no es de naturaleza jurisdiccional, sino administrativa, de jurisdicción voluntaria (toda vez que ni la locura ni la semi locura constituyen una situación real de oposición jurídica). Como escribe con razón PRINYO-GASTRO, "en estos casos no media un interés

(1). Cfr. págs. 65, 66, 68.
(2). Cfr. pag. 72.

contrapuesto entre particulares,..... sino una persona, sujeto de unum mudo, con respecto a la cual el Juez actúa como autoridad del Estado, ejerciendo funciones administrativas....." (1).

"La Ley pudo encomendar esta función no jurisdiccional a los Organos de la Administración del Estado, pero en vista de las garantías que ofrecen los Tribunales de Justicia y el personal que los compone, ha optado por esta solución" (2).

Para aun sismo este cierto, siempre cabe la posibilidad de que el expediente se transforme en contención o que contra la resolución recaída en él se interponga demanda de juicio ordinario de mayor cuantía. En uno y otro caso, la pretensión puede proceder tanto del mismo sujeto que pidió la inapetación como del presunto inapet.

Si sucede este segundo, la pretensión será certificativa si se plantea para ser resuelta por el procedimiento incidental, en consecuencia de la oposición al expediente, puesto que el interés del supuesto inapet versa sobre la declaración jurisdiccional de que se encuentra en situación de completa normalidad para regir su persona y sus bienes. Si le asiste un derecho de acción certificativa, éste se funda en la oposición jurídica (en el sentido que damos a este concepto, que no se confunde aquí con la oposición al expediente de jurisdicción voluntaria) implicada por el injustificado intento de inapetación realizado por la otra parte.

Si lo que se presenta es una pretensión de mayor cuantía, su naturaleza será constitutiva, puesto que tenderá a eliminar el efecto modificativo producido por la decisión recaída en el expediente. La posible oposición jurídica fundamentadora tendrá dos

(1). *Revista Nacional Civil*, II, 1954, pág. 133.

(2). *Op. cit.*, pág. 134.

supuesto uno que coincide con la misma oposición del caso anterior (la actitud antijurídica de la otra parte, al perseguir y obtener la incapacitación) y otro que corresponde al sentido de recurso que alienta en el juicio (indebida aplicación de normas por el juez).

Cuando es el mismo actor del expediente el que suscita la cuestión procesal, la acción que puede corresponderle es en todo caso constitutiva, pues, si ha de tramitarse por incidentes, la pretensión perseguirá una sentencia que actúe la incapacitación - que se tuvo con el expediente; si, por el contrario, el juicio es el de mayor cuantía, la pretensión apuntará al mismo fin, mediante la revocación de la decisión recaída en dicho expediente. En ambos casos, la oposición jurídica fundamentadora de la posible acción puede interpretarse como la discrepancia entre las normas que autorizan la incapacitación y la conducta del enfermo (a través de un representante voluntario o del Ministerio Fiscal -en representación legal-, normalmente) al oponerse al expediente o procurar y recibir la indebida resolución recaída en él; aparte del mismo aspecto de recurso que el juicio tiene también en este segundo caso.

Todo esto que, partiendo de la hipótesis de la solicitud de incapacitación, hemos dicho, puede aplicarse, ~~mutatis mutandis~~, al caso en que se solicita la reintegración de la capacidad. En el proceso que se suscita, podrá recaer una sentencia constitutiva o certificativa, según la clase de pretensión dirigida.

Localizada ya técnicamente la posibilidad de sentencias constitutivas en relación con las dos vertientes procesales que afrontan las cuestiones de incapacidad por enfermedad (incapacitación y supresión de la capacidad), reduzcamos nuestro campo de visión a

esta idea y afirmamos que dichas sentencias producen un efecto de modificación jurídica tanto en un sentido como en otro, de los -- que hemos indicado, ¿en qué consiste esta modificación?

Para conocerlo, empecaremos por definir el concepto de participación jurídica.

Entendemos por tal, de acuerdo con GUARF (1), la participación de un sujeto en una situación jurídica. Puede consistir en una o más posiciones de poder o de sujeción jurídica. Distinguiamos un estado jurídico fundamental y abstracto y una indefinida variedad de estados jurídicos derivados y concretos.

El estado fundamental es para nosotros lo que en la doctrina se conoce con el nombre de capacidad de obrar. La estructura dinámica del mismo consiste en la posibilidad subjetiva de devenir con la propia condota titular de poderes y deberes jurídicos. Ante esta posibilidad jurídica -- poder jurídico básico o de adquisición --, existe un cierto estado de sujeción en los demás sujetos, consistente en la necesidad de tener en cuenta y reconocer los derechos y obligaciones en que puede traducirse la capacidad. Como tanto -- aquella posibilidad como esta sujeción tiene un carácter genérico e indeterminado, podemos considerar que definen una situación jurídica base, en la cual participa cada uno de los miembros normales del Estado, desde cada uno de los dos estados. Tal situación jurídica no pierde su carácter abstracto por el hecho de particularizarse en los distintos órdenes jurídicos (así se habla de capacidad civil, laboral, administrativa o procesal). Existe un substrato estático del estado jurídico activo (o sea, la capacidad de obrar), consistente en la atribución de un miembro la aptitud para ser titu-

(1) V. nota de la pág. 2 de este trabajo.

lar de derechos y obligaciones (es decir, para participar en situaciones jurídicas derivadas o propiamente dichas), o capacidad jurídica de goce, como se la denomina en la doctrina.

Pues bien: la capacidad de obrar, entendida así, como estado jurídico básico, es el principal elemento que puede ser afectado, para el futuro, por la sentencia de incapacitación del loco o sordomudo; por tanto, queda en tal caso afectada la situación jurídica abstracta y fundamental de que dicho estado forma parte. Esa afectación consiste en que mientras se mantiene el sustrato ontológico indicado, como aptitud para ser titular de intereses jurídicamente protegidos futuros (para ser propietario, acreedor, etc.), o de responsabilidades jurídicas (para ser deudor o sujeto obligado en general), se deja en suspenso la posibilidad subjetiva (capacidad de obrar) que el sujeto tenía de convertirse con su actividad en titular de atribuciones o prescripciones jurídicas de conductas. Como consecuencia de esa suspensión, al ser nombrado el tutor del loco o sordomudo, es asumida por dicho tutor la expresada posibilidad. De este modo se opera una modificación jurídica, que puede ser comprendida, siguiendo a GARRELLI (1), como un cambio en la estructura del sujeto jurídico, que de ser simple (el loco o sordomudo antes de la sentencia) se convierte en complejo (el enfermo, como titular del elemento de interés -la participación en la vida jurídica en general- y el tutor, que le complementa teniendo atribuida, en beneficio de aquél, el poder de creación en que consiste el aspecto dinámico de la capacidad jurídica). La sentencia realiza la primera parte de tal modificación (la suspensión indicada), por lo que se la puede justifi-

nente llamar modificativa, aunque la modificación quede completa mediante la actividad administrativa de designación del tutor.

Pero el loco o serbando estaban antes de la sentencia en algunos estados jurídicos derivados, es decir, participaban en algunas situaciones jurídicas propiamente dichas, por cosas que fuesen. Como hemos dicho antes, cada uno de esos estados consiste en una o más posiciones jurídicas de derecho subjetivo o deber jurídico, o ambas cosas a la vez. Cada posición de derecho implica, según sabemos, la atribución de un bien (cosa, prestación) realizada por las normas a través de la atribución de una cierta posibilidad de obrar (usar la cosa en provecho propio, pedir y recibir el cumplimiento de la deuda, ejercitar la potestad). Las posiciones pasivas, por el contrario, consisten en necesidades de conductas, bajo las cuales subyace una responsabilidad (que en lo civil -terreno es el que nos movemos- recae sólo sobre los bienes que el sujeto tiene atribuidos, mientras en lo penal alcanza a la persona misma).

Esos estados jurídicos son el segundo campo de impacto de la sentencia de incapacitación. Esta produce la modificación de los mismos (y, por tanto, de las situaciones jurídicas a que pertenecen), introduciendo también un cambio en la estructura del sujeto (cambio que es completo, igualmente, cuando el tutor asume el cargo), que puede ser explicado con las siguientes notas:

Se mantiene al enfermo en la titularidad de los intereses (atribuciones de bienes) y responsabilidades reales. Esto hace que el loco o serbando pueda seguir siendo considerado como propietario, acreedor o deudor.

Se suspenden las atribuciones y prescripciones de conductas que le incumbían, que pasarán al tutor en su momento. Este tutor, como tal (complementando la personalidad del inopon) quedará autorizado para actuar sobre las cosas del inopon, en su beneficio, para recibir los pagos que le eran debidos, etc., y sujeto a los débitos (conductas debidas) que incumbían al mismo.

-Se suspende la posibilidad de renuncia que va normalmente anaja a todo derecho subjetivo. La manifestación más importante de dicha renuncia es lo que en la doctrina se conoce con el nombre de facultad o poder de disposición, es decir, de dejación de un derecho en beneficio de otra persona, para que ésta reciba la atribución de un bien y de las facultades que definen la estructura de ese derecho subjetivo. Tal poder de disposición pasará al tutor, como "parte agente" del complejo sujeto jurídico cuya creación la sentencia prepara.

Oremos que con estas nociones queda sintéticamente explicado el fenómeno de la incapacitación por sentencia y puesto de relieve el carácter modificativo de ésta última. Claro está que no todas las sentencias abarcarán con su contenido los dos aspectos distinguidos en toda su extensión; es decir, no todas modificarán completamente la capacidad de obrar del enfermo y la estructura dinámica de los derechos y las obligaciones que le incumben. Especialmente, las que incapacitan al sordomudo, puesto que el artículo 216 dispone que los Tribunales regularán la incapacidad del mismo según el grado de su inhabilidad física. Así, la sentencia podrá modificar su capacidad de obrar sólo en el sentido de poder quedar obligado, permitiéndole adquirir derechos por sí solo (aceptar donaciones, por ejemplo); de otra parte, podrá privarle sólo del ejerci-

cio de algunos derechos (por ejemplo, los de naturaleza patrimonial) y mantener inmutadas algunas prescripciones de conductas - (tales como las relativas al mantenimiento de la familia).

Por lo que respecta a la sentencia de reintegración de la capacidad al loco o demente, podemos animarse a afirmar que es de naturaleza modificativa -en este sentido riguroso que utilizamos ahora-, puesto que en ella se realiza un fenómeno de alteración de estados jurídicos, aunque designe inverso, naturalmente, a la que se opera en la incapacitación.

Apenas si es preciso decir nada más tocante al juego de los principios rectores de la jurisdicción en esta modalidad de sentencia constitutiva. Ya hemos aludido a la norma legal que confiere al Juez libertad para graduar la incapacidad del demente, lo que constituye un claro margen dejado al principio de equidad. En cambio, el régimen legal que rige a propósito de la locura no deja espacio a la discrecionalidad del Juez, puesto que si la enfermedad mental queda comprobada, la incapacitación habrá de ser plena. Sería de desear el mismo criterio adoptado por el Código para la segundicia, dada la variedad de formas e intensidades en que la demencia puede presentarse (1).

2. Al exigir el Código Civil en su artículo 221 que la declaración de prodigalidad se haga en juicio contradictorio y autorizar en el 222 al cónyuge y los herederos forzosos para pedirla - (autorización que, por tanto, significa el otorgamiento de una protesta concreta de acción por una norma instrumental expresa) no se presenta aquí el problema que encontramos antes al afrontar el

(1) V. en este sentido GASTAN: Revista Civil, I, 1949, pág. 422.

estudio de la incapacitación por enfermedad, la incapacitación del prodigo no puede, pues, ser pronunciada más que por una decisión jurisdiccional. Este régimen tiene plena justificación doctrinal, puesto que la prodigalidad constituye claramente una situación de opacidad jurídica, que en ocasión anterior hemos explicado como la desconexión entre las dispendios del prodigo, relativos para el bien de sus familiares, y la norma jurídica implícita que prohíbe esa conducta [jurídica implícita que prohíbe esa conducta jurídica] desconectada.

La sentencia que declara la incapacitación produce un efecto modificativo que, al igual que en la incapacitación por enfermedad, puede ser entendido como una alteración de la estructura del sujeto en cuanto participa en la situación jurídica base de carácter abstracto (como titular del estado de capacidad de obrar) y en las situaciones jurídicas derivadas (como titular de derechos y deberes). Con la particularidad, en este caso, de que la propia Ley limita la extensión de dicho efecto, ya que el artículo 224 dispone que la prodigalidad no priva de la autoridad marital y paterna, ni atribuye al tatar facultad alguna sobre la persona del prodigo. Puede, en consecuencia, precisarse, que la incapacidad del prodigo se restringe a su esfera patrimonial, así como a las facultades que le correspondían sobre los bienes de los hijos, de su cónyuge y de la sociedad de gananciales (artículo 225). Dentro de este ámbito se producirán, pues, las alteraciones de su capacidad de obrar y de sus estados jurídicos derivados.

El párrafo segundo del artículo 221 ("La sentencia determinará los actos que quedan prohibidos al incapacitado .. etc.") - de buena base para la intervención del principio de equidad en -

esta sentencia constitutiva. Bien es verdad que el Tribunal Supr no tiene declarado (1) que los Tribunales habrán de ajustarse en la fijación de los límites de la incompetencia a los principios que informan la jurisdicción civil, por lo cual no podrán, contrayciendo la natural regla de ésta, incompetir en mayor extento que la solicitada en la demanda. No obstante, siempre tendrá el Juez, dentro de esos cauces reguladores, un cierto margen de libertad para fijar la incompetencia.

II. DIVORCIO.— Nos encontramos ante el ejemplo más clásico de sentencia constitutiva, citado por los autores que sobre el tema han escrito. Sin que este hecho baste para valorarlo como el que es más importante dentro del fenómeno jurisdiccional que estudiamos (aunque haya servido a algunos autores por sí solo para construir una teoría general —deficiente, por tanto— de la sentencia constitutiva), no cabe duda que envuelve la necesidad de enfermarse en justificaciones sobre la auténtica naturaleza de la sentencia de que se trata. Si la doctrina de la sentencia constitutiva ha nacido fundamentalmente de la observación del peculiar mecanismo de la resolución judicial que pronuncia el divorcio, sería una inconsecuencia plantearse dudas sobre la identidad de la misma. No, pues, nos limitaremos por ello a enmarcarla dentro del concepto secundario de modificación, fundados en las razones que después exponáremos.

En nuestro Derecho, se ocupan del divorcio los artículos 104 al 107 del Código Civil. Por el 105 y el 106 se configura un derecho potestativo de acción concreta, que se confiere a cada uno de los cónyuges (106) cuando el otro incurre en una situación de que

(1) V. Sentencia de 17-II-1904.

sición jurídica comprendida dentro de las expresamente previstas -adulterio, malos tratos, intento de corrupción, etc. (103).

Si, interpuesta una pretensión de divorcio, queda a lo largo del proceso comprobada la realidad de la oposición jurídica afirmada en la misma, habrá de ser dictada una sentencia extingtoria (constitutiva necesaria, como sabemos) que, de acuerdo con el artículo 104, determine "la suspensión de la vida conda de los conados".

Esta expresión transcrita, con la cual el Código Civil delimita el estricto efecto directo de la sentencia de divorcio, nos sirve de guía para sostener, de una manera abierta y concluyente, que tal efecto consiste rigurosamente en la modificación de una situación jurídica.

Esta situación está formada por el complejo de relaciones jurídicas que configuran la institución matrimonial y que junto con el efecto negativo de la imposibilidad de celebrar nuevo matrimonio los dos sujetos mientras uno y otro vivan (suspensión de una manifestación concreta de la capacidad de obrar) son sintéticamente expresadas con la idea de vínculo conyugal. Dichas relaciones son estrictamente las que se refieren a las personas de los cónyuges, y pueden construirse sobre los términos del artículo 96, del Código Civil, que impone a los cónyuges el deber de vivir juntos, el de guardarse fidelidad y el de socorrerse mutuamente.

Bien es verdad que, como escriben con razón CASTAN y PUIG PENA (1) estos deberes tienen fundamentalmente un carácter ético. Por ello, las normas reguladoras, son siendo efectivamente jurí-

(1) V., respectivamente, *Revista Civil*, tomo V, vol. I, 1934, p. 14, y *Revista de Derecho Civil*, tomo III, vol. I, 1937, p. 11.

dices, aunque su débil origen en lo tanto de las sanciones, que - con sanciones son patrimoniales en la mayoría de los Derechos, es si siempre indirectas y, generalmente, poco eficaces" (PUIS, op. y loc. cit.) En efectos son cuando aparecen formulados en normas estatales positivas, su fuerza es un tanto deficiente, puesto que - no están -ni pueden estar- suficientemente respaldados por normas judiciales materiales que, caso de ser incumplidas, hagan posible la efectiva realización de los intereses tutelados por los correspondientes derechos subjetivos. Así, a propósito del derecho y del deber relativos a la cohabitación, aunque PUIS admite, con apoyo en alguna Sentencia del Tribunal Supremo, la posibilidad de que el marido utilice procedimientos gubernativos para reintegrar a su mujer al domicilio conyugal y que la mujer podrá utilizar la fuerza pública para que el marido la reciba en el hogar (1), puede decirse con CASTAÑ (2) que este procedimiento está hoy desacreditado, pues la convivencia ha de basarse en el afecto de los esposos, por lo que, caso de inobservancia de la prescripción legal relativa a ella, sólo caben consecuencias jurídicas indirectas, como las que señala el propio PUIS (3). En cuanto al deber de fidelidad, las únicas - normas judiciales que existen son las penales que sancionan los delitos de adulterio y amancebamiento (4). Esto da bastante consistencia a dicho deber, pero no así al derecho subjetivo correlativo (derecho a la fidelidad), para cuya efectividad sólo existe -desde el punto de vista jurídico-positivo- el influjo imperfecto que - ejerce la amenaza de las penas. Por último, el deber y el derecho

(1) V. op. cit. pág. 223.

(2) V. pág. 144 de la obra cit.

(3) Que no son sino modalidades excepcionales del deber de cohabitación, reducida a una pura significación económica v. la pág. 224 de la obra de este autor.

(4) Código Penal, arts. 443 a 452.

de socorro, si tienen riguroso valor positivo, es porque quedan prácticamente reducidos a una relación alimenticia (1), aunque incluida dentro de la institución general de la prestación de alimentos, tiene ciertas especialidades, singularmente su carácter mutuo, si bien a la mujer le competará por lo general sólo de modo excepcional (2).

Las razones esbozadas de exponer hacen más problemática la posibilidad de concebir una auténtica relación jurídica positiva referente a la prestación del débito conyugal. A pesar de la principalísima importancia que este aspecto tiene en la formación de la causa de celebración del matrimonio y en la consecución de su fin institucional objetivo. Tampoco parece que pueda hablarse de verdaderas relaciones jurídicas positivas a propósito de los deberes de protección (si ha de ser algo distinto del socorro) y de obediencia que señala el artículo 57 del Código Civil.

Pero aun con todas las deficiencias puestas de manifiesto, puede mantenerse la descripción de la estructura esencial de la situación jurídica que el matrimonio comporta, a base de las relaciones jurídicas (de doble dirección) que tienen por objeto la convivencia, la fidelidad y el socorro. Las demás relaciones jurídicas que puedan mediar entre los cónyuges (régimen de capitulaciones, sociedad de gananciales, régimen dotal, etc.) no forman parte propiamente de la situación jurídica matrimonial, sino que constituyen una o más situaciones jurídicas derivadas, o emergentes, como las denomina FUIB (3); al menos aún las que

(1). V. FUIB, pág. 219 de la obra cit.

(2). *Ibidem*.

(3). V. el plan del tomo III, vol. I de su obra.

ligan a los padres con los hijos, en el orden personal y en el patrimonial, puesto que estas surgen directamente del hecho de la generación, y pueden existir -con las oportunas variedades- aun cuando tal hecho no esté legitimado por una verdadera situación matrimonial.

Pues bien: sobre esa situación jurídica matrimonial así entendida opera modificativamente la sentencia de divorcio. Tal modificación puede expresarse en los siguientes términos, siguiendo a PUIG PENA (1).

a) Se suprime el deber de cohabitación, elevándose a definitiva la separación provisional acordada tras la presentación de la demanda. Desaparece el domicilio común, pudiendo cada cónyuge tener el propio, de modo que si el marido intentase penetrar en el de la mujer cometería delito de allanamiento de morada.

b) Se mantiene intacto el deber de fidelidad; cada cónyuge conserva, pues, el derecho a la fidelidad del otro.

c) Se altera el deber de socorro, en el sentido de que la actividad obligada deja de ser un mantenimiento en el domicilio para convertirse en la prestación de una pensión alimenticia. Aunque la mujer haya dado causa al divorcio, tendrá este derecho a la pensión, según la jurisprudencia, si bien en tal caso quedará reducida a lo estrictamente necesario (2).

Estos son a nuestro entender los efectos directos de la sentencia de divorcio, correspondientes al concepto de ~~separación~~ separación que expresa el número 1 del artículo 73 del Código Civil.

(1). Op. cit., págs. 515-16.

(2). V. arts. 73, 9^o y 1434 del Código Civil.

Los demás efectos que señalan los siguientes números del mismo artículo, creemos deben ser considerados como indirectos respecto al acto de voluntad estatal contenido en dicha sentencia; es decir, efectos jurídico-privados que nacen de ésta como de otro hecho jurídico cualquiera. Máxime si no basta para su producción con el pronunciamiento de la sentencia misma, sino que es precisa una actividad judicial ulterior (para la determinación de la situación de los hijos, la separación de bienes, etc.). Esta actividad, además, no puede ser reputada como jurisdiccional, sino como administrativa o de jurisdicción voluntaria.

No es preciso ahora insistir sobre el justo enclavamiento de esta sentencia dentro del subgrupo de las modificativas, toda vez que basta para constatarlo con observar la exposición hecha de sus efectos directos. Si la situación jurídica pierde todos sus elementos constituyentes ni desaparece ninguno de los sujetos que participan en ella.

La actividad jurisdiccional decisoria sigue en este caso el principio de legalidad, por lo que se refiere a la imposición de la medida ordenadora. El de equidad rige sólo en la apreciación judicial de la oposición jurídica (por tanto, de la existencia del derecho de acción), puesto que las causas legales de divorcio no constituyen, si se exceptúan el divorcio y el anulación, realidades rígidas y esquemas (como el enclavamiento de una finca a la herencia, aunque en esta segunda puedan darse ciertas variedades), siendo situaciones que se presentan con multitud de matices e intensidades, por lo que se hace indispensable un margen de discrecionalidad judicial para la estigación de la exacta correspondencia entre las mismas y el espíritu de la ley.

III. CLAUSULA PENAL.— Es nota común a diversas ordenamientos jurídicos establecer la posibilidad de una moderación, mediante sentencia, del objeto de la obligación accesoria que, para asegurar el cumplimiento de otra principal, suele constituirse convencionalmente, y que recibe el nombre de cláusula penal. El moderno Código Civil italiano de 1942 contiene una ordenación muy completa al disponer en su artículo 1348 que la cláusula penal puede ser equitativamente disminuida por el Juez si la obligación principal ha sido ejecutada en parte o si el importe de la pena es manifiestamente excesivo, teniendo siempre en cuenta el interés que el acreedor tenía en el cumplimiento. El BGB alemán hace referencia solamente a una de esas dos causas de reducción, estableciendo en su párrafo 343 que si la pena es desproporcionadamente elevada y aún no ha sido pagada, puede ser, a petición del deudor, reducida judicialmente hasta un importe prudencial. Por su parte, nuestro Código Civil, en el artículo 1154, permite la reducción de la pena "cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor". La noción de cumplimiento irregular le es completamente peculiar.

Desde los orígenes de la doctrina sobre la sentencia constitutiva, viene siendo citada la reducción de la cláusula penal como un característico ejemplo de dicha modalidad jurisdiccional. HELLWIG lo cita claramente, junto con otras manifestaciones de la reducción de obligaciones por sentencia, según el Derecho alemán, sin establecer distinción alguna entre él y los demás supuestos de sentencia constitutiva (1).

(1). Cfr. Lehrbuch, I, pág. 238.

KISCH estudia con detalle los caracteres de esta reducción jurisdiccional, dentro de una doctrina general que abarca casos similares, definiendo la fisonomía de la sentencia -conforme al Código alemán- mediante las notas siguientes, fundamentalmente:

-La obligación queda extinguida en su cuantía inicial, por lo cual la sentencia es, en este aspecto, de naturaleza constitutiva. Esta segunda idea no es sino una particularización de la doctrina general del autor, según la cual las sentencias estrictamente constitutivas tienen, por razón conceptual, un contenido meramente negativo, de eliminación (1).

-De otra parte, la sentencia fija el objeto de la obligación definitiva. En tal sentido, cae dentro de la categoría de sentencias que KISCH estudia separadamente dándoles el nombre de fijativas (*festsetzende*) y también determinativas o "concretivas" (2).

-El Código Civil autoriza la reducción como consecuencia de una petición del deudor. Esta petición puede ser hecha en forma de demanda independiente, pero para que en este caso prospere deberá el actor tener y acreditar un interés jurídico suficiente en lo que pide, análogamente a como sucede en los casos de demanda certificativa (3). Pero lo más normal será que la petición se formule sobre la base de la demanda de condena interpuesta por el acreedor para exigir el cumplimiento de la obligación penal. En tal supuesto, estima KISCH -tomando partido por una de las dos

(1). Ofr. *Recht über Urtheile*, págs. 83, 114, 115.

(2). V. pág. 115 de la obra cit.

(3). V. pág. 121.

posiciones contrapuestas formadas en Alemania alrededor de la cuestión- que bastará una simple petición, hecha en el curso - del procedimiento, no siendo, pues, necesario el planteamiento de una reconvencción formal, ya que la Ley, al conceder la petición, no exige expresamente que haya de deducirse en forma reconvenccional. Tampoco lo exige la naturaleza de la propia reclamación, puesto que el fin que la Ley persigue es simplemente el de asegurar la cooperación del Juez, mediante sentencia, en la determinación de la cuantía de la prestación, y este fin puede ser alcanzado sin necesidad de demanda (1). Reconoce, sin embargo, que la simple petición es, en relación con sus efectos, más débil que la reconvencción, puesto que mientras ésta es, respecto al resultado, independiente de que por cualquier motivo la demanda principal quede privada de objeto, aquella sólo conduce al fin deseado si la demanda prospera hasta la sentencia (2).

En nuestro Derecho, el artículo 1154 del Código Civil prescribe la moderación de la pena con una expresión categórica ("El Juez modificará...") que se interpreta como una norma de carácter imperativo (3). Este dato parece hacer innecesaria una petición del deudor para obtener la reducción. Interpuesta la pretensión de condena (una vez incumplida la obligación principal, perfeccionada con ello la accesoria, e inobservada en la medida querida por el acreedor), que trasará normalmente la senda sobre la cual discurrirá la actividad judicial modificadora, bas-

(1). Ofr. pág. 120, texto y nota.
(2). *Ibidem*.
(3). V. Sentencia de 8-I-1945.

tará para que ésta se realice con que el demandado alegue y pruebe el cumplimiento parcial e irregular de la obligación principal, y aun no será esto necesario si tal extremo queda probado de otra manera.

Nada obstará, sin embargo, a que el demandado formule una petición en tal sentido en la contestación a la demanda. En tal caso, afirmará con su declaración de voluntad un derecho a la reducción, que no es precisamente derecho de acción constitutiva, sino que ha de ser entendido a nuestro parecer como una forma especial del derecho a la desestimación de la pretensión (en este caso, de derecho a la desestimación parcial) que se afirma en toda oposición procesal.

Lo que de ninguna manera es necesario es que esta petición asuma la forma de demanda reconvenzional, dado el régimen peculiar de nuestro Derecho. Si tal se hiciera, se realizaría una actividad procesal completamente superflua.

En todo caso, la moderación que el Juez haga de la cuantía de la obligación penal no será una constitución sustancial, sino accidental (en su lugar desarrollaremos este concepto, aludiendo al presente caso), puesto que no satisfará la sentencia una pretensión constitutiva, sino de condena. Satisfacción, respecto a la cual esa moderación aparece como un precedente necesario, así siendo el carácter riguroso de una fijación de los términos exactos de la situación jurídica a cuya imposición (recuérdese que nosotros identifiquemos los términos condena e imposición jurisdiccional de una situación jurídica) va encaminado el impulso volitivo directo de la decisión.

Pero ¿cabe la posibilidad de una pretensión independiente dirigida a obtener la reducción de que tratamos? Creemos que pug

don darse circunstancias en las que la tutela jurisdiccional de los intereses privados tenga su cauce más adecuado en una tal pretensión. Pídase en el caso de que la cantidad estipulada en concepto de pena haya sido entregada previamente por el deudor al acreedor, como un medio para reforzar la garantía. Si en tales condiciones ese deudor ha llevado a cabo el cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal y el acreedor pretende reservarse con la cantidad total que recibió, se concibe claramente a su favor un derecho de acción para pedir la repetida reducción.

La sentencia producirá en este caso una modificación jurídica, consistente en reducir la cuantía del objeto (una suma de dinero, comúnmente) que en concepto de pena y resarcimiento fue inicialmente adquirido (así lo interpretamos nosotros) por el acreedor al quedar incumplida la obligación principal. No se trata, pues, en ella de alterar el objeto de una obligación necesaria del deudor, puesto que el fallo de la obligación principal no ha originado para él un deber de hacer algo, sino la obligación a perder la cantidad que entregó previamente; se trata, por el contrario, de alterar el objeto del derecho adquirido por el acreedor frustrado.

Ninguna duda cabe en la cuestión sobre el principio en que se inspirará la moderación de la cláusula penal tanto en el caso de que se haga por sentencia constitutiva como por constitución accidental, puesto que el propio Código Civil dice de modo expreso que el Juez habrá de hacer la modificación "equitativamente" (v. art. 1154). Deberá atenderse para ello, según la Sentencia de 8-I-1945, a las circunstancias del caso, singularmente al grado de culpa y la intensidad del perjuicio causado. No

criterio discrecional -en cuanto se refiere estrictamente a la alteración de la cantidad- es irrevocable en casación, según - la jurisprudencia (1).

IV. IMPUGNACION DE HONORARIOS.- El supuesto de impugnación de los honorarios devengados en juicio por los Letrados es similar al de reducción de la cláusula penal, de que acabamos de ocuparnos. Tratan de dicho tema, fundamentalmente, los artículos 12,⁴²⁷ y 436 de la LEC. El primero reconoce indirectamente un derecho potestativo de acción a favor del litigante para obtener, por medio de una declaración jurisdiccional, la regulación de la cuantía de los honorarios presentados por el Letrado en su minuta, cuando en ellos se da la condición de excesivos. Prevé la eventualidad de dicha impugnación como un incidente surgido en el llamado "procedimiento de jura de cuentas", especial proceso sumario permitido a los Procuradores y Abogados para la satisfacción expeditiva de los créditos que, frente a los litigantes por ellos representados o dirigidos, hayan nacido a su favor en el pleito. Los otros dos artículos, incluidos dentro del título XI de la Ley, dedicado a la tasación de costas, regulan las especialidades del concreto procedimiento que ha de seguirse en dicho incidente, indicando al segundo de ellos los dos sentidos posibles de la decisión, que son la aprobación de la cantidad expresada en la minuta (la tasación dice el artículo) o la alteración en la misma que el Juez o la Sala estime justa.

(1). V. Sentencia de 30-I-1932 y la 26-IX-1933, que consigna la dirección doctrinal.

La aludida acción y la sentencia que la actúa podrán tener naturaleza certificativa. Lo primero será si el exceso de la suma resulta de haberse incluido en ella conceptos irreales, es decir, actuaciones del Abogado que no han tenido lugar en realidad, o que siendo ciertos no se refieren a trabajos efectuados dentro del pleito estrictamente (1); lo segundo, en el supuesto de que, siendo objetivamente adecuada la reclamación del Abogado, la equidad sea exagerada, desde el punto de vista del valor del asunto y de la importancia efectiva de la labor técnica realizada. De este criterio discrecional que en nuestro Derecho rige respecto a la fijación de sus honorarios por los letrados, hay que estimar que la determinación que de su importe hagan obliga siempre, en principio, a los litigantes favorecidos por su actuación; de modo, que si la satisfacen no podrán después repetir nada, aun cuando aquél importe hubiera sido excesivamente elevado. Por tal motivo, la resolución judicial moderadora puede tener la afirmada naturaleza constitutiva.

Naturaleza constitutiva que sea, más concretamente, bajo el concepto de modificación, puesto que el efecto innovativo que la decisión produce consiste en alterar la extinción del objeto de una preexistente situación jurídica: la que liga al Letrado con su cliente.

La expresión del artículo 428 de la Ley pone de manifiesto que se confiere al Órgano jurisdiccional un margen de equidad para la regulación del repetido crédito, puesto que se le autoriza para ordenar las alteraciones "que estime justas".

(1) V. Sentencia de 2-VII-1943.

CAPITULO TERCERO

CASOS DE EXTINCION

Llegamos a la última de las tres facetas distinguidas en el orden de los efectos jurídicos-materiales directos de la sentencia constitutiva; faceta quizá la más característica de todas. Los casos correspondientes a ella son numerosos. Nosotros, fijándonos en los más significativos, examinaremos primeramente el grupo de las que pueden denominarse sentencias *resolutorias* de los contratos, o más exactamente, las que resuelven las situaciones jurídicas inmediata o mediatamente derivadas de los contratos; - después y separadamente, la sentencia *disolutoria* de una sociedad civil, la que invalida el acuerdo de la Junta General de una Sociedad Anónima, la que declara la nulidad de un matrimonio civil y la que declara la indignidad para suceder hereditariamente.

I. RESOLUCION DE CONTRATOS.- La Ley, por medio de sus normas judiciales -que en estos supuestos aparecen expresas, añadidas a las sustantivas-, confiere a los particulares diversos tipos de acción procesal concreta para dispensarles la tutela jurisdiccional mediante la eliminación de varias situaciones jurídicas originadas por un acto contractual. Estas situaciones pueden ser las contractuales propiamente dichas, es decir, las formas y vinculaciones jurídicas directamente nacidas del entrecruce de voluntades, o las constituidas con base en el cumplimiento de las obligaciones y la satisfacción de los derechos que integran las pri-

serán.

En cualquiera de las dos hipótesis, el fundamento de la acción es, como siempre, una cierta situación de oposición jurídica; dato que en estos casos asume muy peculiares y variadas figuras. Precisamente en razón de esta diversidad, distinguimos dos especies de resolución. La primera se refiere a situaciones jurídicas perfectamente nacidas, y está justificada por el acontecimiento de una oposición jurídica sobrevinida con posterioridad a la constitución de aquéllas. La segunda especie afecta a las situaciones jurídicas turadas por un vicio en su constitución, que viene a formar en el seno de ésta la oposición jurídica fundametalora de la acción.

1. Aún hemos de hacer una nueva diferenciación dentro de las sentencias resolutorias de la primera especie, tomando como criterio la relación inmediata o mediata de causalidad entre el contrato y la situación jurídica a resolver, a que antes hemos aludido. Si se trata de una situación jurídica propiamente contractual, la acción y la sentencia reciben el nombre de resolutorias en sentido estricto; si es una situación jurídica de segundo grado, el concepto preciso que a su extinción corresponde es el de revocación.

a. Nuestro Derecho positivo ofrece una ordenación general en materia de resolución de contratos y diversas normas particulares para la resolución de concretas figuras contractuales (especialmente, las que regulan la extinción de los contratos de arrendamiento rústico y urbano, con su minuciosa y problemática fijación de las situaciones de oposición jurídica -las llamadas causas de resolución del arrendamiento). Como para las necesida-

des de nuestra exposición doctrinal hasta con la consideración del régimen general aludido, que se contiene en el artículo 1124 del Código Civil, nos limitamos a examinar las normas emitidas en este artículo.

En él se otorga a cada uno de los sujetos afectados en una situación jurídica contractual (en una relación bilateral de obligación, según el concepto del texto) la "facultad" de resolverla "para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbiere". Aquella facultad es claramente lo que nosotros llamamos un derecho potestativo de acción concreta. Su concesión presupone la válida y normal constitución de la situación jurídica contra la cual va orientado; su fundamento estriba en la palmaria desarmonía jurídica que comporta el incumplimiento de una de las partes -hecho posterior, naturalmente, a aquella constitución. Es notoria la doctrina del Tribunal Supremo en el sentido de reconocer dicho naturaleza, extrajudicial (o directa, según nuestra terminología) o procesal, a este derecho de acción (1)

Ejercitada la acción procesal, la sentencia que la satisfaga eliminará en todos sus aspectos la situación jurídica contractual creada, disolviendo plenamente la vinculación jurídica que existía entre las partes, de conformidad con la clara norma procesal establecida en el párrafo tercero del artículo. Llevará normalmente aneja una condena a la indemnización de daños e intereses, si, de acuerdo con el párrafo segundo del artículo, que impone esta responsabilidad, ha sido pretendida.

El principio de legalidad rige exclusivamente este caso de extinción jurisdiccional por extinción. El Juez, comprobada la opor-

(1) V., p.ej., Sentencias de 24-I-1941 y 28-I-1941.

dicha jurídica (validándose del concepto legal de incumplimiento, tal como ha sido técnicamente construido por la jurisprudencia) no hará sino llevar estrictamente a cabo la medida jurisdiccional que la Ley de manera precisa le señala. Cuestión distinta es la facultad discrecional que el párrafo tercero le otorga para señalar plazo a la obligación sobre cuyo pretendido incumplimiento se haya reclamado la resolución. El ejercicio de dicha facultad discrecional está fuera de la órbita de la constitución sustancial perseguida por la pretensión, consistiendo exactamente en una característica manifestación de la constitución accidental, a la cual haremos de referirnos al estudiar este segundo fundamento jurisdiccional.

b. La revocación de situaciones jurídicas no está, a diferencia de la resolución, prevista en una norma genérica de nuestro Derecho dentro de esta hipótesis de que tratamos, es decir, cuando se trata de situaciones jurídicas derivadas de un contrato perfectamente celebrado (pues como veremos después, también cabe el concepto de acción revocatoria en el supuesto de constitución defectuosa de situaciones contractuales). Es dentro del régimen de algunas particulares figuras contractuales donde aparecen normas que otorgan un derecho de acción revocatoria, de naturaleza directa o procesal. Ejemplo de lo primero es el caso, ya citado otras veces, de la revocación del mandato (artículo 1733 del Código Civil), que es verdadera revocación en cuanto por el acto privado de voluntad queda desprovisto el mandatario de los poderes jurídicos sujetos a la obligación de cumplir su función (la cooperación de esta obligación que más bien dentro del concepto de resolución). Encontramos, por el contrario, una

clara y típica manifestación de la acción revocatoria jurisdiccional dentro de la normación legal de las donaciones. Sobre este supuesto vamos a centrar nuestras consideraciones.

Tres son las causas sobre que el Código Civil fundamenta el poder de revocar las donaciones: existencia de hijos (supervivencia o superveniencia), incumplimiento de cargas ("condiciones", según la expresión legal) e ingratitud.

El primer hecho (artículo 644) no constituye ni aproximadamente una oposición jurídica. Por tanto, no cabe en buena lógica reconocer un derecho de acción constitutiva -procesal, se entiende- a favor del donante por el solo hecho de que acaezca la supervivencia o superveniencia de hijos del mismo. La consecuencia inmediata de tal acontecimiento que es justo conectar, es, o bien la readquisición inmediata de la propiedad de la cosa donada, o de cualquier otro derecho que haya sido objeto del beneficio, o bien la adquisición por el donante de un derecho potestativo para revocar la propiedad del donatario -y recuperarse él en ella-, mediante una declaración privada de voluntad (derecho de acción directa revocatoria, por tanto) o para obligar al donatario a reintegrar la propiedad mediante un acto de voluntad suyo.

La primera de estas concepciones cuenta con el apoyo de la dicción del artículo 644, que dispone la revocación "por el mero hecho" de ocurrir la supervivencia o superveniencia de hijos. De ser esta realmente la que ciertamente rige, únicamente cabrían, en caso de incumplimiento inmediato de la obligación de devolver la cosa que al donatario le habría surgido por la revocación, una sentencia certificativa, que declarase producida la revocación negada, o una sentencia de condena (que podría ir acumulada a la certificativa) para obtener la recuperación de la cosa. De ningún modo

de, una sentencia que satisficiera un derecho de acción revocatoria (constitutiva, pues), ya que el cambio jurídico se operó directamente por la fuerza de la Ley. Pero este régimen encuentra una barrera, aunque indirecta, difícilmente franqueable en el artículo 631, cuyo primer párrafo preceptúa que la responsabilidad del donatario concerniente a la devaluación de frutos sólo alcanzará hasta el momento de la interposición de la demanda "cuando se revocare - la donación por alguna de las causas expresadas en el artículo 644". Esta norma permite interpretar que el Código exige implícitamente la vía jurisdiccional como camino directo y necesario para conseguir la revocación. Como se ve, no cabe mayor antinomia que la que enfrenta esta interpretación y la primeramente indicada.

Ante esta confusa situación, nos parece lo más acertado adoptar una solución intermedia, acudiendo a la concepción del derecho potestativo, que, por lo demás, es en nuestra estimación más perfecta. Opinamos, pues, que si la revocación se produce automáticamente por la aparición de la causa legalmente prevista -lo cual supondría un trato excesivamente desfavorable para el donatario- si la Ley concede directamente un derecho de acción constitutiva procesal -cosa inadmisibles por razones de rigor doctrinal, dada la imposibilidad de ver una oposición jurídica en la repetida causa. La Ley otorga directamente al donante un derecho potestativo para lograr la revocación mediante una declaración de voluntad consistente en pedir la devaluación de la cosa previa la comunicación de que la supervivencia o superveniencia de hijos ha tenido lugar. Pero se recordará que hemos previsto dos posibles concepciones de este derecho potestativo como poder de sanar al donatario a la revocación o como poder de obligarlo a restituir la propiedad. Únicamente en la primera forma es propiamente un derecho de revocación; por -

tante, si se quiere mantener este último concepto para el presente caso de revocación de la situación jurídica creada por la ejecución del contrato de donación, se debe admitir esa concepción del derecho potestativo. Además, se está de este modo lo más cercano posible de la tajante expresión del artículo 644.

En consecuencia, revocado el derecho adquirido por el donatario, mediante la declaración privada de voluntad del donante, sólo puede devenir éste titular de una acción certificativa o condenatoria, en la misma forma y por la misma razón que antes hemos apuntado.

Pero conforme a esta doctrina, lo justo es estimar que la obligación de devolver los frutos afecta al donatario desde el momento en que se ejercita la acción directa de revocación -pues to que desde entonces queda obligado a devolver la cosa-, y no desde la interposición de la posible demanda certificativa o condenatoria, como ha de admitirse si se interpreta rígidamente la citada norma del artículo 631. A nuestro juicio, convendría interpretar esta norma en el sentido de identificar para el presente supuesto de revocación (pues dicha norma no se limita a él) el concepto de demanda con el de la reclamación que acompaña al ejercicio del derecho revocatorio privado. Ello, no sólo por exigencias estructurales de una concepción teórica, sino especialmente para superar la pugna con el art. 644, cuya rigurosa interpretación pondría al descubierto una tajante desconsonancia entre el origen temporal de la obligación de reintegrar la cosa (momento en que acontece la causa de revocación) y el de la responsabilidad respecto a los frutos (momento de la interposición de una posible demanda certificativa o condenatoria).

Resumamos, pues, en relación con esta causa de revocación

de las donaciones, la posibilidad de una sentencia constitutiva.

Doctrina distinta hay que defender, en cambio, a propósito de las otras dos causas de revocación expresadas. Tanto el incumplimiento de "condiciones" del artículo 647 como las distintas formas de ingratitud que prevé el 648, son fácilmente encuadrables en la idea de oposición jurídica, pudiendo por ello ser correctamente reputadas como título de una acción procesal revocatoria. Siempre cabría, desde luego, una ordenación legal que previniese la resolución del derecho adquirido por el donatario como una consecuencia automática del incumplimiento o de la ingratitud, o que concediese al donante, para el mismo efecto, una acción revocatoria directa; pero el carácter antijurídico de los repetidos hechos fundadores hace preferible, en vez de la producción del cambio jurídico por la fuerza de las normas sustantivas, el pronunciamiento jurisdiccional del mismo previa la comprobación de tales hechos. Estimamos por ello plenamente acertado el régimen del Código Civil al señalar la vía de la acción procesal para estos dos casos de revocación de donaciones. Este régimen resulta netamente de los términos contenidos en los artículos 467 ("La donación será revocada a instancia del donante..."), 648 ("....a instancia del donante..."), 649, 651 y 652.

La sentencia que satisface el derecho de acción concedido en cada uno de estos supuestos remueve las consecuencias jurídicas del contrato de donación, revocando la situación jurídica final constituida a favor del donatario. Esa remoción es plena, estando precisada en todos sus extremos por las normas legales. Esto nos enseña que dicha sentencia pertenece a la clase de las constitutivas extintivas y que en el proceso de formación de su contenido valitivo decisivo interviene simplemente el principio de le-

2.- La segunda división de las sentencias resolutorias de los contratos comprende todas aquellas que extinguen las situaciones jurídicas derivadas de los mismos (inmediata o mediatamente) en razón de una deficiencia localizada en el acto de constitución del negocio jurídico. Esta deficiencia puede consistir en una irregularidad concerniente a los elementos requeridos por la ley para la constitución del contrato, o relativa al fin institucional objetivo del mismo.

a. El primero de esos dos fundamentos es el punto de arranque de la doctrina sobre la ineficacia o nulidad de los contratos. Nosotros no vamos a entrar a fondo en esta doctrina (parte de la general sobre la ineficacia de los negocios jurídicos), ni a tomar de la teoría del Derecho privado los elementos estrictamente necesarios para nuestra propia construcción.

Cesa de plena aceptación en la Ciencia del Derecho la distinción de dos formas de ineficacia de los contratos (como de los negocios jurídicos en general): nulidad absoluta o radical y nulidad relativa o anulabilidad. Se habla también de inexigibilidad, como la forma más extrema de la nulidad radical; pero, aparte de que estos dos matices no están uniformemente aceptados en la doctrina ni nuestra jurisprudencia los separa netamente, no consideramos de interés para nuestro estudio insistir en ellos. Nos fijamos, pues, en el concepto de nulidad radical, sin más.

Esta nulidad se produce por varias causas, especialmente la falta de alguno de los elementos esenciales para la formación del contrato. Nos remitimos a la exposición que hace CASTAÑ de esta materia (1). La intensidad de la ineficacia que comporta

(1). V. Revista Civil, III, 1954, pág. 4995

cuale reflejarse doctrinalmente con las siguientes característi-
cas:

a) La nulidad absoluta es insubsanable por confirmación o -
prescripción.

b) Puede ser alegada eficazmente por cualquiera en el tráfico
de jurídico ordinario. Pero esta segunda nota -que es la que a
nosotros nos interesa más- no cuenta con una proclamación categó-
rica ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. Dentro de la pri-
mera, escribe CASTAN que "habiendo un título o apariencia exter-
na del acto, si las partes o una de ellas se ampara en él, será
preciso que quien tenga interés en impugnarlo ejercite la corres-
pondiente acción judicial" (1). Esta posición es la propia de -
nuestro Tribunal Supremo a través de diversas sentencias, singu-
lamente la de 3-I-1947, en la que se declara que la corriente -
doctrina según la cual la inexistencia o nulidad absoluta del --
contrato opera de pleno derecho, sin necesidad de declaración ju-
dicial, por no producir el acto efecto alguno, no siempre puede
admitirse como exacta, pues al crear todo negocio jurídico una -
apariencia de validez se hace indispensable destruir tal aparien-
cia, si constituye obstáculo para el ejercicio de un derecho.

Esta doctrina nos crea el problema de delimitar los casos -
en que hará falta una sentencia para hacer valer la nulidad del
contrato, de aquellos en que podrá ser argüida directamente, y -
el de precisar la naturaleza de la sentencia que haya de destruir
con apariencia de validez del contrato nulo.

(1). Tomo I de la obra cit., 1949, pág. 834.

La primera cuestión sólo puede ser legal o jurisdiccionalmente resuelta de una manera satisfactoria. Creemos, sin embargo, que pueden darse unas indicaciones doctrinales sobre la misma. No parece que si la nulidad del contrato es debida a la inobservancia de una solemnidad formal (p.e., donación de un bien inmueble consignada sólo en documento privado) sea precisa una sentencia para hacerla valer en la vida jurídica, toda vez que por concurrir en esa formalidad las condiciones de elemento constitutivo y de medio de prueba (extrajudicial y procesal) exclusivo del contrato, la única experiencia posible de validez del mismo sólo puede consistir, necesariamente, en el repetido medio de exteriorización formal del consentimiento. Igualmente ha de pensarse si, aun reuniéndose en el título la referencia a todos los elementos esenciales del negocio jurídico, el objeto del mismo es imposible o ilícito. En cambio, estimamos que será precisa una sentencia en ciertos casos de simulación. Por ejemplo, si se aparenta celebrar un contrato de donación de finca y otro de donación de cantidad de dinero, encubriendo la realidad de un contrato de compraventa, con objeto de burlar el derecho de adquisición preferente de otro sujeto. Si éste, conociendo de la simulación, pretende ejercitar su derecho de preferencia, deberá perseguir la declaración jurisdiccional de la nulidad, por inexistencia de verdadera intención de liberalidad en los dos aparentes contratos de donación. Otro tanto nos parece que sucederá cuando debiéndose la nulidad a una oposición entre el contrato y las normas de la Ley, la moral o el orden público, (artículos 4º y 1295 del Código Civil), esta anomalía se aparezca de una manera evidente en el título.

El problema de la naturaleza de la sentencia en estos ca--

ses en que se precisa para hacer valer la nulidad, presenta áridas dificultades de explicación. Si se entendiese que la apariencia creada por el título es, por razones de seguridad jurídica, suficiente para dar nacimiento a la situación jurídica contrasentual, aun cuando el acto celebrado no haya tenido valor para constituirlo, la sentencia sería constitutiva, puesto que extinguiría dicha situación jurídica material. Esta habría sido creada por la fuerza autónoma generadora del título, pero estaría en una existencia precaria al verse amenazada por el riesgo de su destrucción retroactiva, que tendría lugar en cuanto se demostrase la disconformidad entre la realidad formal del título y la realidad material del acto celebrado.

Pero también podría formularse otra doctrina, estimando que la situación jurídica material no ha nacido de ninguna manera, a causa de la anomalía presentada por el pretendido contrato, pero que, por la apariencia de validez ofrecida en el título, las normas de tutela jurisdiccional (intermedias o judiciales materiales) tratan su superestructura de potestades y sumisiones sobre tal apariencia —permitiendo, pues, imposiciones jurisdiccionales correspondientes a las situaciones jurídicas materiales aparentemente nacidas—, similarmente a como sucede en la tutela jurisdiccional de la posesión como puro hecho. Nos parece que desde este punto de vista la sentencia sería también constitutiva, puesto que al acreditar la inexistencia de la situación jurídica material que se intentó crear, haría desaparecer la indicada superestructura de tutela jurisdiccional —o las consecuencias de hecho en que hubiese podido traducirse—.

Cualquiera de estas teorías nos parece idónea para la configuración doctrinal que buscamos. Las consecuencias prácticas de

una y otra son, por lo demás idénticas. Sin embargo, tal vez sea preferible la segunda, por estar sus premisas más en armonía con la doctrina usual sobre la nulidad radical de los contratos.

Hemos de reconocer la semejanza, si no identidad, que existe entre esta segunda teoría y la construcción que KISCH hiciera de las por él llamadas sentencias extintivas (1). Esta construcción (aplicada por el autor a diversos casos de sentencia -algunos de los cuales estudiaremos nosotros a continuación dentro de este grupo de las sentencias constitutivas extintivas- que no son precisamente las que se fundan en la ineficacia de los contratos, - no obstante lo cual puede ser referida a estos últimos supuestos); esta construcción, decimos, alude a la ineficacia de ciertos negocios jurídicos, motivada por una deficiencia en los requisitos necesarios para su validez, que por disposición de la Ley no puede ser hecha valer sin que preceda la declaración judicial de la misma. Según KISCH, la ineficacia obedece plenamente al hecho judicial y la sentencia no hace otra cosa que certificarla, haciendo posible para lo sucesivo que cualquiera la alegue en el tráfico jurídico (2). El condicionamiento de la posibilidad de hacer valer la invalidez no significa que la sentencia sea una causa productora de la misma, que concurre con el hecho extrajudicial, sino que le confiere la calidad de una condición complementaria para la repetida invocación (3). Posteriormente escribo que la tesis de la sentencia constitutiva no puede ser sostenida en estos supuestos en razón de que el hecho defectuoso, "precisamente por-

(1). Traducción al italiano como sentenza estintiva y al español como sentencia v. FRUHO-CASTRO, Derecho Procesal Civil, I, 1949, pág. 63.

(2). Cfr. Sentencia por el Tribunal, pág. 64.

(3). Cfr. pág. 67 de la obra cit.

que su ineficacia no puede ser hecha valer desde un principio, produce ciertos efectos hasta el momento de la sentencia", según de el objeto de la sentencia la extinción de los mismos. Opino como razón a dicha tesis que "estos pseudoefectos" no tienen naturaleza jurídicamente reconocida; no son vinculados al supuesto de hecho como efectos normales del mismo, sino que son sólo ignómenos reflejos, consecuencias de que la ineficacia tenga que pasar inicialmente ininvertida". "No producen por ello continúa- la misma situación jurídica que cuando el supuesto de hecho tiene las condiciones ordinarias, puesto que su existencia es sólo aparente y no real como en el segundo caso. No han existido como válidas en ningún momento, y, por tanto, no son idóneas para actuar como tales, siquiera sea con duración limitada". Son puros fantasmas, que viven bajo la amenaza de que la fuerza jurídica interna que tienen, al ser tratados como válidos, sea eliminada en cualquier momento (1).

Aparte de las observaciones que estas ideas deben recibir desde el plano de la doctrina dominante sobre la nulidad relativa de los contratos y desde el de otras concretas figuras de sentencia impugnatoria, por nosotros consideradas constitutivas, a las cuales son expresamente referidas, nos parecen admisibles y adaptables a nuestro régimen jurídico tocante a la especial hipótesis que nos ocupa, dentro del tema de la nulidad absoluta de los contratos. Ello, salvando los inconvenientes de algunas expresiones metafóricas, que enturbian un tanto la comprensión del tema. Precisamente creemos poder superar tales inconvenientes con la teoría ya precedentemente hemos formulado. En vez de hablar de pseudoefectos, efectos reflejos o fantasmas

(1). Pág. 90.

jurídicos -conceptos cuya vaguedad no favorece mucho a la Ciencia jurídica-, preferimos hablar de efectos reales, pero no pertenecientes al orden estructural de las situaciones jurídicas sustantivas, sino al superestructural inherente a la mecánica de la tutela jurisdiccional, sin dejar por eso de considerarlos precarios, por el peligro en que se encuentran de desaparecer a consecuencia de una sentencia certificativa, tal como hemos apuntado antes.

Es la doctrina de la nulidad relativa e anulabilidad de los contratos la que nos pone ante un caso característico y común de sentencia constitutiva extintiva. Como enseña GASTAN, la anulabilidad es "aquella otra imperfección menos enérgica.... que da lugar a una acción de nulidad o de impugnación, la cual, si es ejercitada con éxito, produce la destrucción del acto con fuerza reactiva" (1). Supone, pues, esta doctrina que la situación jurídica contractual deseada ha nacido realmente, si bien se encuentra, a causa de una deficiencia acaecida en el seno del acto generativo, herida por una imperfección que la pone en peligro de ser eliminada mediante una sentencia.

La regulación legal de esta forma de ineficacia se encuentra situada en el capítulo VI, título II, libro IV del Código Civil. Los tres primeros artículos de dicho capítulo construyen la figura del derecho potestativo de acción constitutiva que para la expresada eliminación se confiere (se trata, pues, de normas judiciales e instrumentales, que aparecen excepcionalmente expresos junto a las sustantivas, lo mismo que en otros casos). El 1301 y el 1302, que determinan, respectivamente, la dimensión temporal de la acción (cuatro años) y la titularidad de la misma (que se

(1). Derecho Civil, t. III, 1951, pág. 412.

concede a los obligados principal o subsidiariamente en virtud del contrato), no suponen para nosotros ningún problema. Los términos del 1300, en cambio, sí requieren una labor de fijación doctrinal. Al permitir este artículo que sean "anulados" los contratos en que concurran los requisitos prevenidos por el artículo 1261 del mismo cuerpo legal, "siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la Ley", hace necesaria la especificación de estas causas de nulidad indeterminadamente previstas.

Nosotros estimamos, siguiendo a CASTAÑ (1), como tales causas, fundamentalmente, los vicios del consentimiento (violencia, intimidación, dolo, error) y el defecto de capacidad que no implique falta de consentimiento (caso de la mujer casada o de los menores con discernimiento, así como alguno de locura). La concurrencia de alguna de estas causas constituye, según la doctrina que venimos desarrollando, una situación de oposición jurídica, que aquí hay que comprender como una desarmonía entre las circunstancias en que se celebró el acto contractual y las normas legales, explícitas o implícitas, que exigen, para la plena validez de sus consecuencias jurídicas, la perfecta expresión del consentimiento (libertad, exactitud de las premisas de la decisión, - etc.) y un nivel determinado de edad. Tal desarmonía inclina aquí a la Ley, en vez de a impedir el nacimiento de la situación contractual, a establecer la posibilidad de su extinción. Esta originación tiende a tutelar jurisdiccionalmente los intereses de aquellos sujetos que estando directa o indirectamente afectados por alguno de los indicados vicios del contrato (por ser menor de

(1). Tomo III cit., pág. 411.

edad, haber sufrido la violencia, etc.) podrían experimentar algún perjuicio, o al menos no recibir beneficio alguno, con la ejecución de las consecuencias del contrato. Pero adviértase bien que la esencia de la oposición jurídica no radica en estos casos simplemente en el hecho de la deficiencia de uno (o más) de los requisitos legalmente prescritos para la validez del contrato, sino, ante todo, en el hecho de que tal deficiencia, o bien se debiera a una conducta antijurídica de la otra parte (así en los supuestos de violencia, intimidación y error provocado), o bien fuera de alguna manera vinculable a la voluntad de esta otra parte (por haber recibido en interés propio la declaración de voluntad de un incapaz o la de un sujeto que formó su decisión sobre la base de una errónea inteligencia de alguno de los aspectos de la manifestación de voluntad de dicha otra parte). Este sentido de relación intersubjetiva de hecho es el substrato en que reposa, en el aspecto material o de fondo, la estructuración de la relación jurídica potestativa de acción procesal que la Ley establece entre las dos partes del contrato, (es decir, la concepción, de una de ellas de un derecho sobre la otra, como poder de someterle a la medida jurisdiccional constitutiva), y en el aspecto formal, la materialización de una concreta figura de pretensión procesal (o sea, la inicial conducta de reclamación procesal de un sujeto frente a otro). La existencia de esta doctrina está amparada por las expresiones del Código Civil, al conceder éste la acción anulatoria a los sujetos obligados (es decir, presionados por las normas legales para la realización de una conducta que puede perjudicarlos o al menos no favorecerlos) por el contrato y al disponer en el artículo 1302 que "las personas capaces no podrán, sin embargo, alegar la incapacidad

de aquellos con quienes contrataron; ni los que consucen la intig
nidación o violencia, o emplearon dolo, o produjeron el error, -
podrán fundar su acción en estos vicios del contrato".

Triunfante la pretensión en que se afirmara el derecho de
acción constitutiva que acabamos de explicar, la sentencia prody
cirá un efecto extintivo, que afectará a la situación jurídica -
contractual, si no ha sido consumada -liberando, por tanto, a -
las partes de la misma-, o a las situaciones jurídicas derivadas
de la consumación, en caso contrario. En esta segunda hipótesis,
surgirán, como efecto secundario de la sentencia, las lógicas --
obligaciones de restituir lo recibido por las partes en virtud -
del contrato, con arreglo a lo que prescribe el artículo 1301, y
con las modulaciones especiales prevenidas en los artículos si--
guientes.

Recordemos que esta sentencia, lo mismo que la resolutoria
en sentido estricto, pertenece a la clase de las constitutivas al
ternativas, o sea, aquellas que no presuponen un derecho consti--
tutivo sustantivo, pero pueden ser eludidas por medio de un negocio
jurídico independiente entre las partes, encaminado a dejar sin -
efecto la situación jurídica contractual impugnada.

Por último, constataremos en este supuesto la rigurosa ates--
ción del criterio de legalidad en nuestro Derecho, por lo que res--
pecta a la imposición de la medida jurisdiccional constitutiva
(a diferencia de algunos ordenamientos jurídicos extranjeros, en
los que se atribuyen al órgano jurisdiccional facultades discre--
cionales para la anulación de ciertos contratos), toda vez que -
el Juez deberá estrictamente pronunciar o denegar la anulación se--
gún quede o no comprobada la causa afirmada al pretenderla. En ogy
lta, por lo que atañe a la comprobación del derecho constitutivo,

el Juez tendrá en algunos casos un cierto margen de actuación por equidad. Tal sucederá especialmente en los supuestos de impugnación por violencia, dolo, intimidación o error, en los cuales el Organo jurisdiccional deberá discurrir, atendiendo a las circunstancias particulares que concurrieren en el caso agitado a su decisión, si los hechos alegados y probados llegaran efectivamente a constituir alguna de dichas causas de nulación.

b. Nos toca estudiar ahora las sentencias correspondientes a la segunda de las dos divisiones hechas dentro del grupo general de las resolutorias, cuando la anomalía producida en el seno del contrato ataña, según dijimos, al fin institucional objetivo del mismo.

El fin objetivo de todo contrato puede ser definido como una interrelación de intereses entre los sujetos que intervienen en su celebración, aunque no siempre pueda verse en los dos intereses subjetivos una significación económica o utilitaria. Pues bien: decimos que en un contrato existe una anomalía relativa a ese fin objetivo, cuando se da una de estas dos circunstancias:

a) Si el intercambio de prestaciones concertado entraña un perjuicio para una de las partes, debido al desequilibrio entre el valor de lo que deberá dar y el de lo que tendrá derecho a recibir.

b) Si la promesa de prestación de una de las partes, al tender a satisfacer un interés de la otra, va animada por la intención de perjudicar un derecho subjetivo de una tercera persona.

Estas dos circunstancias dan fundamento a la concreta forma de resolución de los contratos que se conoce doctrinalmente con el nombre de ~~resolución~~ rescisión. En nuestro ordenamiento jurídico privado no aparece este concepto delimitado de una manera neta, pues en algunos lugares se identificando con el de resolución en sentido estricto (V. p.e., art. 1536 Cód. Civ.). No obstante, atendiéndonos a la interpretación dominante en la doctrina, nutrimos dicho concepto con la idea de lesión, si se trata de una de las partes, y la de perjuicio jurídico, cuando se trata de un tercer sujeto.

El primer tipo de motivación rescisoria aparece acogido en los números 1º y 2º del artículo 1291 del Código Civil. El primero se refiere a los contratos celebrados por los tutores sin necesidad de autorización del Consejo de Familia, cuando a consecuencia de ellos las personas cuya capacidad complementaria sufren lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubieren sido objeto de los mismos. El segundo autoriza la rescisión de los contratos celebrados en representación de los ausentes, cuando éstos sufren por consecuencia de aquéllos una lesión de la misma importancia.

El segundo fundamento de la rescisión está netamente previsto en el número 3º del expresado artículo, donde se permite la rescisión de los contratos "celebrados en fraude de acreedores, cuando éstos no pueden cobrar de otro modo lo que se les debe". Esta disposición se corresponde con la del artículo 1311, que en el mismo supuesto de contrato celebrado en fraude de acreedores, concede, sin darle una denominación particular, la acción que en la doctrina y la jurisprudencia recibe el nombre de revocatoria o pauliana. Basta la identidad existente entre los supuestos de -

uno y otro artículo (1), debe prevalecer para la acción pauliana en ellos otorgada el nombre técnico de acción rescisoria, reservándose quizá el concepto de revocación, con carácter secundario, para cuando la resolución afecte a las situaciones jurídicas derivadas de la consumación del contrato.

Los supuestos de los restantes números del artículo 1291 (4ª y 5ª), así como el que prevé el artículo 1292, pueden ser referidos también al concepto de perjuicio de tercero.

En cada uno de los casos, sea cualquiera el fundamento, la Ley concede un derecho de acción concreta para la eliminación de la situación jurídica contractual o las que hayan derivado de ella. La expresión del artículo 1290 ("los contratos válidamente celebrados...") no deja lugar a dudas sobre la naturaleza constitutiva de tal acción. Para que ésta exista, habrán de concurrir, además del fundamento de la rescisión, las circunstancias necesarias que el Código prevé: que el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio (artículo 1294), que el perjudicado pueda devolver aquello a que por su parte estuviere obligado (artículo 1295, I) y que las cosas objeto del contrato no se hallen en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe (artículo 1295, II). Su plazo de duración es el mismo que el señalado para la acción anulatoria (artículo 1299).

Correspondientemente, la sentencia estimatoria de la pretensión rescisoria tendrá por efecto "destruir todas las consecuencias del contrato, restituyendo las cosas al ser y estado que tu-

(1). Así resulta claramente del sentido de la jurisprudencia V., p.e., Sentencia de 21-VI-1945.

nism cuando aquél se celebró" (1), es decir, resolver retrospectivamente las situaciones jurídicas directa o indirectamente originadas por el contrato. A consecuencia de esta resolución, surgirán las mismas obligaciones de devolver las cosas objeto del contrato, que veíamos al tratar de la sentencia anulatoria. El Código Civil lo dispone así en el párrafo 1º del artículo 1295, refiriéndose expresamente a cosas, precio e intereses de éste. Cuando la obligación de devolver incumbiere al contratante adquirente de mala fe, en el caso de rescisión por fraude, y la devolución fuere imposible, ésta quedará transformada, con arreglo al artículo 1298, en indemnización de daños y perjuicios.

Un estrecho margen de actuación equitativa cabe en el pronunciamiento de algún caso de sentencia rescisoria: el que para la apreciación de la existencia del fraude, cuando en éste se apoya la pretensión, dejan al Juez las normas del artículo 1297, que presumen la existencia del mismo en los casos de enajenaciones gratuitas y de enajenaciones onerosas hechas por sujetos contra quienes se hubiese anteriormente dictado sentencia de condena o expedido mandamiento de embargo. Salvo este margen, la actuación jurisdiccional decisoria responderá, en estos casos de resolución de situaciones jurídicas contractuales por lesión o perjuicio, al principio de legalidad.

II. DISOLUCIÓN DE SOCIEDADES.— Nuestro Derecho positivo contiene dos normas fundamentales en materia de disolución de sociedades privadas a instancia de cualquiera de los sujetos que las -

(1). GASTAN: Derecho Civil, t. III, 1931, pág. 425

compensar el artículo 1707 del Código Civil y el 224 del Código de Comercio. El primero de ellos, que representa el Derecho común en la cuestión, autoriza a cualquiera a cada uno de los socios a reclamar la disolución de la sociedad constituida por tiempo determinado, en razón de un justo motivo, como el de faltar uno de los compañeros a sus obligaciones, el de inhabilitarse para los negocios sociales u otro semejante. El segundo artículo otorga la misma facultad, dentro de las sociedades mercantiles colectivas o comanditarias constituidas por tiempo indefinido, siempre que el interés del socio por la disolución no adolezca del vicio de mala fe, entendido en el sentido que define el párrafo segundo del propio artículo. Es de notar la diferencia entre el régimen de este artículo, al conceder ese derecho a pedir la disolución (así permite entenderlo la expresión "...si alguno de los socios exigiere su disolución..") y el del artículo 1705 del Código Civil que hace posible la disolución de las sociedades cuyo término de duración no se ha señalado o no resulta de la naturaleza del negocio, "por la sola voluntad o renuncia de uno de los socios", siempre que sea hecha de buena fe en tiempo oportuno. Con arreglo a esta última norma sólo habría lugar a una sentencia certificativa de que la sociedad persiste o ha quedado disuelta.

¿Qué naturaleza tiene el poder jurídico que dan esos dos artículos? Podemos afirmar, ante todo, que se trata en todo caso de un derecho de formación jurídica, perteneciente a la clase de los potestativos; es decir, de una acción constitutiva. Pero ¿qué calificación concreta merece ésta? Estimamos que ha de ser considerada como acción procesal cuando el motivo que hace posible la reclamación consiste en una actividad antijurídica, tal como el incumplimiento de obligaciones de que habla el artículo 1707, puesto que -

basta tal hecho para constituir una situación de opresión jurídica fundamentadora de un derecho de acción procesal. En cambio, la acción es directa cuando se trata de motivaciones de otro estilo (inhabilitación para los negocios u otras similares). Su contenido consiste en este caso en el poder de actualizar en los otros socios la obligación de prestarse a disolver la sociedad. El ejercicio de este poder lo convertirá en derecho relativo u obligacional, cuya insatisfacción, causada por el incumplimiento de la indicada obligación, dará lugar al nacimiento de la acción procesal constitutiva.

En correspondencia con estas dos posibilidades, la sentencia será sustitutiva en el segundo supuesto y alternativa en el caso de que el derecho disolutorio consista inmediatamente en una acción procesal, puesto que las partes hubieran podido evitarla, aun cuando la que de ellas incurrió en el acto antijurídico no estuviera propiamente obligada a la disolución, sino, más intensamente, sometida a la eventualidad de la imposición jurisdiccional en el mismo sentido.

De cualquier modo, el efecto peculiar de esta sentencia consiste en la extinción de una situación jurídica. Este concepto tiene aquí una compleja variedad de aspectos. Para comprender su significación en los puntos esenciales, hemos de distinguir tres cosas: la situación jurídica inicial creada por el contrato de sociedad, la situación jurídica continuada que define la sociedad propiamente dicha y las situaciones jurídicas en que participa la sociedad como personalidad jurídica independiente. El segundo fundamento es el que interesa a nuestro tema, puesto que el primero (relativo a la organización de la sociedad como mecanismo viviente de aportación de bienes para la constitución del haber

social, ordenación inicial de medios para la empresa social, etc.) es un precedente histórico, cuya consumación dará fisonomía a la sociedad estrictamente considerada, y el tercero no pertenece al ser de la sociedad, sino que constituye el aspecto circunstancial de la vida de ésta. Deslinada de este modo la situación jurídica a la que llamamos sociedad, es ella la que se extingue en virtud de la sentencia disolutoria.

Los elementos fundamentales delivadores de tal situación son estos: existencia de un fondo económico, realización de una empresa lucrativa en beneficio común y personalidad jurídica colectiva (cuando se dan los requisitos legales: artículo 1669 del Código Civil y 119 del Código de Comercio); con la particularidad en este último de ser esencial sólo para el concepto de sociedad normal o perfecta. Por tanto, la extinción de la situación jurídica ha de ser entendida desde el punto de vista de cada uno de estos elementos. Con arreglo a este criterio, describimos esencialmente la extinción de la sociedad mediante los puntos siguientes:

a) Desaparece la comunidad jurídica sobre el fondo económico, ya recaera sobre la propiedad de los bienes o sólo sobre el goce de los mismos (quedando sustituida, en el primer caso, por un agregado de derechos, cuya plena separación se verificará con la partición; recuperando cada socio, en el segundo caso, el goce exclusivo de los bienes que aportó), o bien desaparece, si la sociedad tenía personalidad jurídica, la pertenencia patrimonial de dicho fondo a la misma.

b) Al quedar trunco el impulso dinámico de la empresa lucrativa, desaparecen los derechos y obligaciones directamente vinculados a la realización de este fin: poderes y deberes de los adminis-

tradores; obligación (y el derecho correlativo en los demás socios o la sociedad como persona) en los socios industriales de prestar su actividad técnica continuada; derechos y obligaciones de los socios relativos a la participación en las pérdidas y las ganancias, etc.

e) Desaparece la personalidad de la sociedad si, como es normal, existía. Esta personalidad se manifiesta en tres aspectos: en la titularidad del patrimonio social, en la titularidad de derechos y obligaciones en relación con los socios y en la participación en situaciones jurídicas con terceras personas. En los dos primeros aspectos, la cesación de dicha personalidad, representa una segunda faceta en la extinción de los derechos y obligaciones a que hemos aludido en los dos apartados anteriores (propiedad del patrimonio social, derechos de la sociedad con respecto a los socios, derechos de la sociedad con respecto a los administradores y los socios industriales, deberes en relación con el repartimiento de ganancias, etc.). Pero en relación con el tercer aspecto enunciado, si bien la personalidad se extingue en cuanto a la posibilidad de participar en situaciones jurídicas futuras con terceros, de una manera inmediata, no puede decirse lo mismo respecto a las situaciones jurídicas en que está afectada actualmente (lo cual significaría la extinción de éstas), sino que, con arreglo a la doctrina más admitida (1), hay que extimar subsistente dicha personalidad durante el período de liquidación, hasta el agotamiento de las situaciones jurídicas pendientes.

(1). V. las indicaciones de CASTAÑ: Ensayo Civil, t. IV, 1939, pág. 366.

Finalmente, hemos de hacer referencia a la interesante manifestación del principio de equidad que, en relación con la sentencia que estudiamos, aparece expresamente prevista en la Ley. Al autorizar el artículo 1707 del Código Civil la exigencia de disolución de la sociedad por un "justo motivo" "análogo, a juicio de los Tribunales", a los dos que especifica (incumplimiento de obligaciones e inhabilitación para los negocios sociales), deja un notable espacio a la discrecionalidad judicial. Esta se ejercitará, como se puede apreciar, de acuerdo con la doctrina general que tenemos expuesta, o bien en la apreciación del derecho constitutivo privado (cuya insatisfacción da lugar a la acción procesal disolutoria), o bien a la apreciación de la acción procesal (cuando es ésta el derecho constitutivo que la Ley concede directamente), según la doble posibilidad de que hablábamos al principio.

III. IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES.- El artículo 67 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 autoriza la impugnación de los acuerdos adoptados por la Junta General de accionistas, definiendo en tal sentido una acción procesal cuyo fundamento puede constituir en tres causas: que los acuerdos "sean contrarios a la Ley, se opongan a los Estatutos e lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad".

La primera impresión que se recibe de esta norma legal es la de una insuficiencia de perspectiva en la previsión de las causas de impugnación de los acuerdos sociales. Como claramente pone de relieve MEJIAS GONZALEZ, la fijación que la nueva Ley hace de esas causas es notoriamente incompleta, dado que respag

to a los acuerdos en cuestión caben todas las acciones impugnatorias de los negocios jurídicos, puesto que dichos acuerdos son manifestaciones de éstos (1).

Animoso de completar esa deficiente enunciación legal, realiza el autor citado, utilizando los conceptos de la teoría general del negocio jurídico, una detallada y exhaustiva exposición de las diversas motivaciones que pueden fundar una acción de ineficacia frente a las decisiones de la Junta General de una Sociedad Anónima. Aunque recoge la clasificación cuatripartita de las formas de ineficacia de los negocios jurídicos (inexistencia, nulidad radical, anulabilidad y rescindibilidad), distribuye las causas relativas a los acuerdos sociales sólo bajo tres conceptos, prescindiendo del de inexistencia, por no estar éste legalmente previsto entre nosotros (2).

Como causas de nulidad radical, incluye las que implican una deficiencia en el sujeto del acuerdo (falta de capacidad, falta de legitimación para adoptar el acuerdo, defectuosa constitución de la Junta, con indicación de motivos específicos dentro de cada uno de estos conceptos), las que suponen defectos en el objeto y la causa y las que consisten en la oposición del acuerdo a las leyes, la moral o el orden público (3).

Entendemos con MEJIAS GONZALEZ que en todos estos casos, aun que la nueva Ley sólo exprese el último, se produce la invalidez absoluta del acuerdo. Pero, esto supuesto, ¿podrá haber lugar al pronunciamiento de una sentencia constitutiva sobre la base de estas hipótesis de ineficacia?

(1). MEJIAS GONZALEZ: La acción de impugnación de los acuerdos sociales en la Ley de Sociedades Anónimas. Revista General de Derecho, 1952, pág. 75.

(2). *Op. cit.* pág. 75.

(3). *V. págs. 76 y 130 en la Revista y vol. cit.*

En principio, cabe estimar, de conformidad con la doctrina general sobre la ineficacia radical de los negocios jurídicos, que esta circunstancia obra de pleno derecho, pudiendo ser directamente alegada por los sujetos interesados en ello. Pero en este punto debemos encarnarnos igualmente con nuestra doctrina - jurisprudencial, que restringe el carácter categórico de esa primera formulación cuando haya un título o apariencia de validez del acto, que ampare a alguien. En tal caso, para que la ineficacia prevalezca será preciso obtener una sentencia en que se la declare (1).

La cualificación de esta sentencia nos presenta el mismo problema que afrontamos al estudiar la nulidad radical de los contratos, por lo cual nos permitimos responder a esa cuestión con la misma solución allí sugerida; es decir, consideramos que en la hipótesis de que se trata, en razón de la apariencia de validez del acuerdo que crean las formalidades con que fué adoptado, y la posible inscripción del mismo en el Registro, se ha desplegado el mecanismo de potestades y sumisiones de las normas judiciales e instrumentales (permitiendo hacer jurisdiccionalmente efectivas las consecuencias del acuerdo, pese a su ineficacia jurídico-material), por lo que la sentencia, al certificar la validez del acto, ocasionará directamente la extinción de esa superestructura de tutela jurisdiccional. En este estricto sentido, será sentencia constitutiva, teniendo, por el contrario, naturaleza certificativa por lo que se refiere a esa invalidez jurídico-material.

Pero esta doctrina tropieza con ciertos obstáculos, en cuyo

(1). Cfr. art. cit., pág. 131 de la Revista.

te atale a los casos de ineficacia por oposición a la Ley, en razón del planteamiento de la nueva ordenación legal. En efecto: al concederse una acción impugnatoria del acuerdo cuando éste sea contrario a la Ley, se permite suponerle plenamente válido mientras una sentencia no trunca su eficacia. Parece como si la Ley, al no declarar tajantemente la absoluta ineficacia del acuerdo incurso en el vicio de ilegalidad, estableciera una excepción a la norma general del artículo 4 del Código Civil, en cuanto presunta la total invalidez de los actos contrarios a las leyes, actuando de la hipótesis prevista en la segunda proposición del párrafo primero de dicho artículo (que se ordene expresamente la validez de dichos actos).

No obstante, creemos que no hay base suficientemente sólida en la Ley para sustentar esa interpretación, por lo que reiteramos con MAJIAS el carácter radicalmente nulo de los acuerdos en cuestión (1) y la naturaleza certificativa de la posible sentencia, con las eventualidades particularidades antes observadas. Apuntamos, como dato favorable a esta doctrina, el hecho de que el artículo 68 de la Ley excluya el ejercicio de la acción nacida de la repetida causa, de los plazos de caducidad en él dispuestos, toda vez que esta diferencia de tratamiento implica una actitud contraria a la convalidación del acuerdo que la caducidad de la acción determina en los demás casos.

Junto a esas circunstancias determinantes de la ineficacia absoluta, hay otra serie de ellas que sólo producen su invalidez relativa, en las dos conocidas formas de la anulabilidad (por vicios de voluntad en la formación del acuerdo) y la rescisión (por

(1). V. loc. cit.

lesión -causa 3ª del artículo 70 de la nueva Ley- y por fraude -según la doctrina del Derecho común- (1). Disintiendo del parecer de MEJIAS, opinamos nosotros que también será causa de anulabilidad la desconformidad entre el acuerdo y los estatutos, en cuanto la materia de éstos sea objeto de determinación voluntaria, dado el hecho de que, en este aspecto, la observancia de dichos estatutos es una cuestión cuyo significado afecta directamente sólo a un grupo humano limitado; por lo que nos parece excesivo asimilar categóricamente las normas de esos estatutos a las de la Ley, para deducir de ahí la invalidez absoluta del acuerdo que se les oponga (2).

La sentencia que en estas hipótesis pronuncie la invalidez será constitutiva y su efecto consistirá en extinguir una o más situaciones jurídicas. Esta situación o situaciones no son propiamente el acuerdo que se anula, sino las que nacieron de él. Su contenido puede ser sumamente variado (cambio de estatutos, nombramiento o destitución de Organos, celebración de un negocio jurídico, etc.). La eficacia extintiva de la sentencia recae directamente sobre la situación o situaciones jurídicas constituidas al adoptarse el acuerdo (3).

Salvo al margen de libertad de criterio que el Juez tendrá en la apreciación de la lesión de los intereses sociales - (no muy amplio, dada la minuciosidad con que ha de estar precisado en la función de la sociedad el concepto de dichos intereses), la actuación jurisdiccional decisoria irá estrictamente regida por el principio de legalidad.

(1). V. el art. de MEJIAS, págs. 111-112.

(2). V. la opinión de MEJIAS en la pág. 69 de la Revista y vol. cit.

(3). V. sobre este punto KISCH; ~~Rechts~~ cit., pág. 110.

IV. NULIDAD DEL MATRIMONIO CIVIL. - Polifacética y no del todo clara es la doctrina sobre la nulidad del matrimonio civil. La peculiaridad de la situación jurídica que el matrimonio crea, de matices tan distintos de los que son propios de las situaciones jurídicas de contenido preponderantemente económico, dificulta bastante la comprensión del significado que la expresada nulidad tenga. Nuestro Código Civil se limita a reconocer una "acción para pedir la nulidad" a los cónyuges, el Ministerio Fiscal y los terceros interesados, en el artículo 102, con fundamento en las causas de nulidad que detalla en el 101.

CASAN, siguiendo la pauta de la doctrina francesa, distingue tres formas en la ineficacia del matrimonio: inexistencia, nulidad radical y nulidad relativa o anulabilidad (1). La primera forma (invalides producida, p.e., por la identidad de sexo entre los contrayentes o por la preexistencia de otro matrimonio válido) es tan absoluta y ostensible que "no procede ni es adecuada en estos casos una declaración de nulidad, pudiendo cualquiera, en cualquier momento y circunstancia, alegar la inexistencia del matrimonio". La acción impugnatoria del Código Civil se refiere, pues, a las dos otras formas de ineficacia. Entiende que la nulidad radical se produce por dos razones: existencia de impedimentos dirimientes no dispensados (artículo 101, n.º 1.º, en relación con el 83 y el 84) y defecto de forma en la celebración del acto, por no intervención del Juez o ausencia de testigos (artículo 101, 4.º). Por último, habrá nulidad relativa cuando el acto hubiere sido afectado de un defecto de consentimiento (error, violencia,

(1). Ofr. Derecho Civil, V, 1934, págs. 437-58.

intimidación, rapto: artículo 101, números 2º y 3º.

Nos parece que, a pesar de que el Código Civil parezca incluir la no intervención del Juez como uno de los fundamentos - de la acción impugnatoria del artículo 102, la participación de dicho Organo, con su misión de extender y firmar el acta matrimonial (artículo 100), es tan esencial al nacimiento de la situación jurídica de que se trata, que la nulidad ocasionada por el defecto de la misma bien podría ser considerada como directamente invocable en la vida jurídica, sin necesidad de previa certificación jurisdiccional, toda vez que faltaría aquella "aparición de validez" de que hablábamos al tratar de la nulidad radical de los contratos (que en el matrimonio consiste precisamente en el acta de celebración formalmente bien constituida).

Pero aun siendo esto exacto, siempre quedarían las otras - variadas causas de nulidad, respecto a las cuales hay que atenerse al régimen legal que exige implícitamente una declaración jurisdiccional para la invocación de la ineficacia. Extremando esta situación legal, escribe PUGO PENA que no se puede en principio reputar nulo un matrimonio hasta tanto no se ha declarado tal por los Tribunales competentes, de modo que la nulidad no - puede operar en la vida jurídica mientras no ha sido acreditada en un proceso contencioso (1).

Ahora bien: supuesto este régimen para todas las causas de nulidad, ¿tiene significación procesal la distinción antes citada entre nulidad radical y anulabilidad del matrimonio? Esta distinción está simplemente apoyada en la diferencia de trato que la Ley establece entre unas causas y otras en relación con la es

(1). Ofr. Tratado de Derecho Civil, t. III, vol. II, 1947, pág. 523.

decencia de la acción y consiguiente convalidación del matrimonio (que sólo se dispone, con un plazo de seis meses, para los casos de nulidad por error, violencia, intimidación o rapto) y con la titularidad de la acción (que en esos mismos casos de defecto de consentimiento no se concede al Ministerio Fiscal ni a los terceros interesados, sino sólo a los cónyuges). Pero no parece que - la expresada distinción signifique una diferencia en el objeto - de la acción (y el contenido de la sentencia) en uno y otro caso, puesto que el Código trata unitariamente a todas las causas en - lo que atañe a las consecuencias de la "petición de nulidad" que cada una de ellas fundamenta. La acción dará lugar en todo caso a una sentencia declaratoria de la nulidad, que tendrá la misma trascendencia cualquiera que hubiese sido el efecto causante de la nulidad, aun cuando dicha acción tenga unas veces señalado un plazo de caducidad y otras no.

Mas ¿qué naturaleza específica tiene la expresada declaración de la sentencia? ¿Es una certificación o una declaración constitutiva? Sería lo primero si la sentencia se limitase a - constatar la inexistencia de la situación jurídica matrimonial, es decir, el complejo de relaciones jurídicas concernientes a - la convivencia, la fidelidad y el mutuo auxilio (recuérdese la exposición hecha al tratar de la sentencia de divorcio). Pero no puede decirse que cumpla esta mera función, puesto que con anterioridad a ella ha existido un despliegue de fuerza jurídica, que con el acto jurisdiccional impositivo desaparece. Los cónyuges se han visto de alguna manera afectados jurídicamente en relación con la observancia de dichas conductas de convivencia, fidelidad y auxilio; además, han visto también suspendida, real o virtualmente, su capacidad de obrar (potestad fundamen-

tal, según expusimos en otro lugar) respecto a la celebración de este matrimonio y se ha producido, también real o virtualmente, el fenómeno de restricción en la capacidad de la mujer que el matrimonio lleva consigo. Es oportuno ahora traer a la vista la distinción antes observada entre nulidad radical y anulabilidad del matrimonio, para entender, en la primera hipótesis, que se ha producido sólo virtualmente la situación jurídica matrimonial, o, dicho más rigurosamente -utilizando los conceptos de la teoría expuesta al estudiar la nulidad radical de los contratos-, que se ha constituido, sobre la base del aparente matrimonio, el mecanismo tutelar de las normas judiciales (para hacer -directa o indirectamente- efectivos los objetos de la situación jurídica matrimonial -convivencia, etc.-, aunque ésta no exista realmente); considerando, por el contrario, en la segunda hipótesis, que la situación jurídica matrimonial ha nacido realmente, si bien se encuentra tarada por un defecto constitucional que puede hacerla desaparecer por medio de una sentencia. Con esta doctrina queda afirmada la naturaleza constitutiva de la sentencia declaratoria de la nulidad del matrimonio en todo caso, si bien se establece una diferencia en relación con la forma jurídica a que se refiere la constitución (la extinción, propiamente), que en un caso es judicial material y en el otro sustantiva. Así creemos guardar la debida armonía, desde nuestra vertiente procesal, con la evidente diferencia de intensidad que, en el aspecto jurídico-privado, existe entre unas causas y otras de nulidad y la oportunidad de insertarlas dentro de la teoría general sobre la nulidad de los negocios jurídicos.

Queremos hacer, sin embargo, una observación acerca de la distribución de causas entre esas dos formas de nulidad. Aparte de

lo dicho antes acerca de la ineficacia por ausencia del Juez, creemos que cuando el defecto de que adoleciera el acto de constitución del matrimonio consiste en una de las incapacidades o impedimentos que son dispensables por el Gobierno, con arreglo al artículo 85 del Código Civil, debe entenderse, por razón de la menor intensidad de la causa, que la nulidad pronunciada es relativa y que, por tanto, la sentencia constitutiva extingue la propia situación jurídica matrimonial, imperfectamente nacida.

Nuestra solución doctrinal no contradice de ninguna manera la afirmación antes hecha, en el sentido de que, desde el punto de vista de nuestro régimen legal, la acción y la sentencia de nulidad del matrimonio tienen siempre el mismo objeto y contenido, respectivamente. Se trata en todo caso de certificar la existencia de un defecto en el acto de celebración del matrimonio y de extinguir una situación jurídica, aunque ésta sea entendida de dos maneras diferentes. Por lo demás, no nos de repetir aquí lo mismo que hemos dicho en otros lugares. La discriminación teórica que proponemos no implica la menor diferencia entre las consecuencias prácticas de la sentencia, según que sea dictada con fundamento de unas causas u otras.

Admitida, pues, la naturaleza constitutiva de la acción para pedir la nulidad del matrimonio, debemos dedicar aún unas notas al concepto de la oposición jurídica que le sirve de fundamento. Cuando la causa de nulidad consiste en una conducta estrictamente antijurídica -o sea, en la violación de una norma preceptiva-, como es en los casos de violencia, rapto, intimidación o error provocado, basta cualquiera de estos hechos -para formar dicha oposición jurídica. Cuando, por el contrario,

consiste en la inobservancia de una norma-condición (entendiendo por normas-condición las que señalan los requisitos necesarios - para que un acto jurídico produzca válidamente sus efectos), no nos parece que baste para originar la acción procesal constitutiva. Si, por ejemplo, el matrimonio fué contraído de buena fe por ambos cónyuges y se mantienen en el convencimiento de su validez, estimamos que no existe una verdadera oposición jurídica que fundamente la acción impugnatoria de un tercero interesado mientras no sean requeridos para prestarle a la declaración judicial de - la nulidad (que en estas circunstancias consistiría propiamente en un acto de jurisdicción voluntaria, aunque asumiese externamente las formas procesales) y sostengan en respuesta la validez del matrimonio, ya consista tal requerimiento en un acto extrajudicial o ya en la interposición de una pretensión aparente o potencial, susceptible de actualizarse o convertirse en real con la - oposición de los cónyuges a la misma. Lo mismo habría que decir - en el caso de que los dos cónyuges, inocentes o culpables ambos, estuviesen de acuerdo en pedir dicha declaración de nulidad. Ninguno de ellos tendría propiamente un derecho de acción procesal., y sí ambos el derecho a una constitución por jurisdicción voluntaria. Habrá, en cambio, oposición jurídica y acción a favor de un cónyuge, en cuanto el otro hubiese sido culpable de la falta de un requisito de validez o restuviese la eficacia del matrimonio (directamente o de modo indirecto -interponiendo querrela por infidelidad, refusingo alimentos, etc.).

La sentencia declaratoria de la nulidad del matrimonio es, por lo dicho, constitutiva extintiva. Puede pertenecer a la clase de las necesarias o a la de las sustitutivas (en el sentido conceptual que a este concepto da aquí la posibilidad de que en algunos

casos sea declarada la nulidad por un acto de jurisdicción voluntaria, pero no en el de que basta un convenio de las partes para que se produzca la extinción de la situación jurídica). La extinción afecta íntegramente al complejo de derechos y deberes que estructuran la que consideramos situación jurídica matrimonial propiamente dicha, o sea, los derechos y deberes inherentes a las relaciones personales entre los cónyuges, desde el punto de vista de los fines específicos del matrimonio (nos remitimos una vez más al concepto que de esta situación jurídica expusimos al estudiar la sentencia de divorcio). Como efectos derivados de esta extinción (efectos indirectos de la sentencia) concurrirán los prevenidos en los artículos 69, 70, 71, 72 y concordantes (1365, 1429, etc.) del Código Civil -para los cuales será necesaria a veces una actividad judicial que no creemos deba considerarse jurisdiccional sino administrativa-, además de la plena recuperación de su capacidad por la mujer.

Rige en esta sentencia el principio de equidad en algunos aspectos, relativos, desde luego, a la constatación de la existencia de la afección. (Es decir, se trata de equidad como criterio general, o discrecionalidad técnica, según la expresión de GALANANIREV). Así, en los casos de pretensión por violencia, rapto, etc., perturbación mental (pues del número 2º del artículo 83, en que está prevista esta causa, no resulta que la existencia de la misma presuponga la incapacitación del enfermo mental) e impotencia (en cuanto a si se dan exactamente los requisitos de patente, perpetua e incurable que señala el número 3º del mismo artículo 83).

V. INDIGNIDAD PARA SUCEDER.- La indignidad para suceder es una forma de exclusión de la herencia que procede del Derecho Romano.

nano. Según nos dice KIPP en su Derecho de sucesiones (1), la existencia de cualquiera de las conductas antijurídicas o de ingrati- tud que formaban parte del concepto de indignidad conllevaba la - privación de la herencia adquirida. Este sistema ha sido recogido por algunos ordenamientos modernos, como el francés y el alemán, - mientras otros -el austriaco, el suizo- establecen la privación ex- tendida del derecho a la herencia por el solo hecho de que se dé una de las causas de indignidad (2).

El Derecho alemán contiene una ordenación detallada sobre es- te tema, que, según la expone e interpreta KIPP (3), ofrece como - puntos esenciales los siguientes: Conforme al párrafo 1º del pá- rrafo 2340 del Código Civil (BGB), la indignidad para suceder se - hace valer mediante la impugnación de la adquisición de la heren- cia y según el 2º, la impugnación sólo es admisible después de la - delación de la herencia al indigno. La acción impugnatoria compete a cualquiera a quien beneficie la desaparición del indigno de here- dar (Párr. 2341). No es necesario que el impugnante se halle sita- do inmediatamente después del indigno de heredar en el orden de - prelación para la sucesión, sino que basta con que la desaparición del indigno sólo le beneficie si desaparece aún otro sujeto. La - nulación de la adquisición no la produce la formulación de la de- manda, sino la sentencia firme, puesto que el párr. 2342, 2º dispo- ne que el efecto de la impugnación se produce con la cosa juzgada de la sentencia. Si esta sentencia recae, declarando al heredero - indigno de heredar, se entiende, con arreglo al párr. 2344, 1º, que no ha tenido lugar la delación de la herencia a su favor. En con-

(1). Traducción española, con notas de Rosa Santero, 1951.

(2). Cfr. op. cit., pág. 372.

(3). Págs. 374 y 375 de la ob. cit.

cuencia, la herencia se dediere al sujeto que hubiera sido llamado si el indigne no hubiese vivido en el momento de abrirse la sucesión.

Conforme a esta exposición, el régimen legal alemán sobre la declaración de indignidad para suceder define un claro supuesto de sentencia constitutiva extintiva. No fue éste, sin embargo, el criterio de KISCH al escribir su Lehrbuch des Erbrechts, pues en esta obra incluye la sentencia de que tratamos dentro del grupo de las resolutivas, que él propone doctrinalmente e independiente de las constitutivas, tal como entiendo éstas. Funda su postura en que, a pesar de que según el aludido apartado segundo del párrafo 2342 el efecto de la impugnación se produce con la cosa juzgada de la sentencia, el apartado primero del mismo párrafo da a entender que la impugnación tiene efecto a través de la presentación de la demanda. Estima, por ello, que la declaración de voluntad del particular hecha en la demanda es elemento decisivo en la determinación del efecto resolutorio. Esto se funda directamente en la misma, pero para su alegación en la vida jurídica es precisa la cosa juzgada de la sentencia, que asume la función de complemento respecto a la expresada declaración de voluntad del particular interesado (1).

Consideramos más convincente la doctrina de KIPP, porque nos parece más sólidamente apoyada en las normas positivas que invoca y está más conforme con las exigencias de la simplicidad doctrinal y la unidad sistemática.

Nuestro Código Civil carece de una regulación tan satisfactoria como la del RPr. alemán en la materia que nos ocupa. La indig-

(1). Cfr. la ob. cit., pág. 307.

nidad para suceder es en el tratado dentro de la sección primera, cap. II, tít. XII, lib. III, cuya rúbrica "De la capacidad para suceder por testamento y sin él" denota que la considera como una modalidad de la incapacidad para heredar. Este pensamiento pervierte en la expresión de diversos artículos de dicha sección, tal como el 762, que señala el plazo de cinco años a la acción "para declarar la incapacidad", contados "desde que el incapaz esté en posesión de la herencia o legado".

Esta unidad de tratamiento acentúa un error de perspectiva, que la doctrina y la jurisprudencia patrias ponen bien de manifiesto. BOGA SASTRE, invocando el precedente de las Partidas y el del Puerto Real, en que está sustancialmente inspirada la regulación del Código Civil, escribe que aunque éste "emplee la expresión "incapacidad de suceder por causa de indignidad" y la raje.....las normas de la incapacidad sucesoria con las propias de la indignidad, hay fundamento para situarlo entre aquellas sigtomas legislativos que, inspirados en el Derecho Romano, configuran la indignidad sucesoria en el sentido de que, si bien, de momento, no impide que el indigno llegue a ser heredero mediante la aceptación, sin embargo sirve de base para excluirlo de la herencia".(1). Proclama la inequivalencia de equiparar la indignidad a la incapacidad, porque, si bien ambas tienen de común el impedir la adquisición de la herencia, las separa una acusada diferencia. La incapacidad origina la nulidad de la disposición testamentaria otorgada a favor del sujeto en quien se da esta condición; efecto - que se produce ~~para~~ ~~para~~ (artículos 732 a 735 del Código Civil), por lo que no queda más camino para la adquisición de los bienes

(1). Adiciones al Derecho de sucesiones de KIPP, cit., pág. 376.

hereditarios que el de la incapacidad. En cambio, la indignidad no produce dicha nulidad, sino que consiste, como declara el Tribunal Supremo (1) en una sanción o pena civil, cuyo efecto se produce solamente officio iudicis, a petición de los interesados, tal como permiten entender los términos del artículo 762 (al que ya hemos aludido), "de modo que si el indigno llega a poseer la herencia, le hace con título hereditario válido" (2). En conclusión, "la distinción entre la incapacidad y la indignidad sucesorias - puede parangonarse con la que existe entre la nulidad y la anulabilidad" (3).

Nosotros nos adherimos a esta doctrina, afirmando, por consiguiente, la naturaleza constitutiva de la acción que otorga - nuestro Derecho para pedir la declaración de indignidad para suceder.

Esta acción se funda en las diferentes causas de indignidad que especifica el artículo 756 (4). Estas causas consisten casi todas en conductas antijurídicas (contrarias a normas prescriptivas o prohibitivas), delictivas la mayoría de ellas (abandono de hijos, prostitución de hijas, atentado contra la vida del testador, acusación calumniosa contra él, etc.). Las circunstancias - del número 6º del artículo (amenaza, fraude o violencia para - obligar al testador a hacer testamento o a cambiarlo) han de ser entendidas en realidad como causas de invalidación - anulabilidad, propiamente, según la trascendencia que en la teoría general del negocio jurídico se reconoce a dichos vicios del consentimiento-

(1). Sentencia de 11-II-1946.

(2). Cfr. Adiciones a la obra cit., págs. 376 y 377.

(3). Pág. 377.

(4). Que, según la Sentencia de 11-II-1946, han de ser interpretadas restrictivamente, por su carácter de excepciones a la regla general favorable a la existencia de la dignidad para suceder.

de la institución de heredero (1).

Respecto a la titularidad de esta acción (o lo que es lo mismo, legitimación para interponer la correspondiente pretensión), es una GASTAN que corresponde a las personas llamadas a la sucesión en defecto del incapaz, así como a los acreedores, en virtud de la subrogación que les concede el artículo 1111 del Código Civil (2). ROCA SASTRE, en términos más precisos, sostiene que dicha titularidad pertenece a cualquiera que mediante la eliminación del indigno pueda conseguir o mejorar su derecho a la herencia. Cree, pues, que solo puede efectuar la impugnación por indignidad quien recibe o mejora ese derecho, caso de sentencia favorable, de una manera cierta e inmediata, no los que se hallan en grado posterior dentro del orden sucesorio, a no ser que el primero (o los primeros), si son varios en el mismo grado) desaparecen también. Bohua en este punto, como se ve, la doctrina antes iniciada de KIPP. Se pronuncia, además, en el sentido de que se debe negar la acción a los acreedores del beneficiado o beneficiados por la indignidad (3).

Por nuestra parte, preferimos aceptar en nuestro Derecho la misma doctrina de KIPP, que ROCA sostiene. ¿Por qué negar la acción a esos presuntos herederos de segundo grado, siendo tan normal concebir en ellos un interés por la declaración de indignidad, que podría convertirlos en herederos caso de que el presunto heredero o herederos que les anteceden repudiasen la herencia o no pudiesen adquirirla con plena validez? Negándoles la acción, no tendrían la menor posibilidad de devenir herederos si el titular de ella la dejase expirar. Tampoco nos adherimos a la tesis de ROCA sobre la posición de

(1) Cfr. ROCA SASTRE: *ad* locum a la obra citada de KIPP, pág. 177, y la Sentencia de 10-VI-1944.

(2) GASTAN: *Recurso Civil*, t. IV de la 3ª edic. 1942, pág. 260.

(3) *Op. cit.*, pág. 176.

los acreedores del sujeto que puede resultar beneficiado con la indignidad. Ciertamente, el artículo 1111 concede la acción subrogatoria para que por medio de ella puedan entrar en el patrimonio del deudor bienes con que satisfacer los créditos -y en tal sentido, la jurisprudencia exige que los acreedores demuestren que del ejercicio de las acciones ha de resultar ese ingreso de bienes con que satisfacer sus créditos (1). Pero no creemos que al concepto de bienes deba darse un sentido tan restringido que obligue a excluir la acción subrogatoria en el supuesto de nuestro estudio. Sobre todo, si se tiene en cuenta que, en caso de que el deudor, convertido en heredero por consecuencia del ejercicio de la acción, repudie la herencia en perjuicio de los acreedores, podrían pedir éstos la autorización judicial para aceptarla en nombre del mismo, de que habla el artículo 1001 del Código Civil. Optamos, pues, por la postura de Cortán.

El efecto extintivo de la sentencia satisfactiva de esta acción consiste en la eliminación de las situaciones jurídicas individualizadas por la participación del indigno en ellas como titular de poderes sólo o de poderes y deberes (propiedad de cosas, créditos, derechos reales limitados, deudas, derechos testamentarios, etc.) Al desaparecer estas titularidades, las indicadas situaciones jurídicas pierden su entidad actual (aunque no cambian, en su caso, las personas de los acreedores o deudores que fueron del indigno), para ser substituidas por otras al deferirse nuevamente la herencia. Nos remitimos a la distinción que en la INTRODUCCION precisamos entre extinción y modificación de las situaciones jurídicas.

Como consecuencia de esta extinción, quedará convertido en

(1). V. Sentencias de 13-IV-1911 y 12-VII-1940.

heredero (titular del derecho potestativo a la adquisición de la herencia) el sujeto a quien correspondía recibir el llamamiento inmediatamente después del indigno. Pero este es un fundamento de constitución estricta que no tiene la calidad de efecto directo de la sentencia, sino la de efecto reflejo, indirecto o secundario de la misma (1). Otros efectos de la misma naturaleza son los relativos a la restitución de bienes, con accesiones frutos y rentas, de que habla el artículo 760.

Puede decirse que en esta sentencia interviene de manera estricta el principio de legalidad, dada la nota determinación que hacen las normas de las causas de indignidad y la falta de una disposición que entere al Juez (como sería concebible, en razón de la mayor o menor importancia de la causa) a graduar discrecionalmente la pérdida de derechos que ha de sufrir el indigno.

(1). Cfr. KISCH: Recht des Erbschafts, pág. 108.

INTRODUCCIÓN

LA CONSTITUCIÓN PROCESAL AGUINTEAL

INDICACION INICIAL.— Al trazar en la Introducción de este trabajo el plan esquemático de las materias sobre cuya investigación recaían nuestros propósitos, establecimos una fundamental dicotomía de conceptos dentro del tema total de la constitución jurídica procesal. Tales conceptos eran los de constitución procesal sustancial -bajo el cual acogíamos el fenómeno - procesal de las sentencias constitutivas propiamente dichas- y el de constitución procesal accidental. Pues, comoquiera que - ya hemos llevado a cabo el estudio de la primera modalidad de constitución, nos corresponde ahora emprender la indagación y exposición de esta segunda.

En el indicado lugar definíamos la constitución procesal accidental como el fenómeno de innovación jurídica que acontece cuando se produce una de estas circunstancias: Si al pronunciarse una decisión jurisdiccional declarativa, o sea, una sentencia, que satisface positivamente una pretensión certificativa, condenatoria o constitutiva, la imposición efectuada por el Órgano estatal, en cualquiera de estas formas, presupone lógicamente la plena fijación, por el mismo Órgano, de una situación jurídica que con anterioridad a la decisión tenía una existencia imprecisa, existía indudablemente pero con indeterminación de algunos de sus elementos estructurales o, presentando una estructura suficientemente definida, adolecía de un defecto de

desarmonía respecto al principio de justicia, justificativo de una alteración en dicha estructura.

Este pluriforme fundamento procesal corresponde, según también decíamos, al concepto de las sentencias concesivas en la doctrina con los nombres de dispositivas, determinativas o especificativas.

Supondremos, pues, el estudio de estas peculiares sentencias dándoles, por la razón que en su momento argumentaremos, la denominación de sentencias dispositivas.

TEORIA DE LA SENTENCIA DISPOSITIVA

Vamos a realinear su exposición dividiendo la materia en cuatro temas, que bastan para demostrar la naturaleza, función y especialidades diferenciales de este tipo de decisión. Tales temas son los siguientes:

-Estase histórico de la formación de la doctrina sobre la sentencia dispositiva.

-Fijación del concepto de esta sentencia.

-Estudio de la actividad judicial peculiar en ella, examinando el juego de los principios jurídicos rectores en tal actividad y determinando la naturaleza de la misma.

-Efectos específicos de esta sentencia, en el orden jurídico-material y en el jurídico-procesal.

SEGUNDO HISTORICO DE LA DOCTRINA SOBRE LA SENTENCIA DISPOSITIVA-

IV.- La doctrina de la sentencia dispositiva no tiene la misma antigüedad que la de la sentencia constitutiva. En los primeros representantes de la moderna Ciencia procesal que se ocupan de este segundo tipo de decisiones jurisdiccionales, aparecen indistintamente los casos que en realidad corresponden a la idea de lo que nosotros denominamos constitución procesal accidental en la función declarativa. Así, **HELLVIG**, al citar diferentes casos de sentencia constitutiva, reúne sin la menor distinción algunos que implican sentencias constitutivas propiamente dichas con otros que denotan la presencia de una decisión jurisdiccional dispositiva, (1). La diferenciación aparece ya en **HAYER**, pero es **KISCH** quien primero estudia con atención esta especial manifestación de la constitución procesal, sosteniendo que las sentencias mediante las cuales se realiza deben formar una categoría separada. Con tal pensamiento, las sitúa doctrinalmente dentro de la clasificación sistemática que propone en el trabajo con que hace su magnífica aportación a la teoría de la sentencia.

Bajo el nombre de sentenzen Urteil (expresión que se sugiere traducir como sentencia determinativa, si bien a nuestro entender es preferible representarla en español por la de sentencia definitiva, pues el propio **KISCH** alude a la denominación de sentenzen Urteil usada por otros autores, que sí permite rigurosamente la primera traducción indicada) (2) recoge entre uno de los casos en

(1): V. Lehrbuch, I, pág. 212.

(2): V. Lehrbuch zur Prozesslehre, pág. 112.

que una sentencia contribuya, junto a un hecho jurídico extra-procesal precedente, a precisar los límites de una situación jurídica nacida con anterioridad; especialmente, y en un sentido más concreto, fijando la cuantía de una prestación debida, bien sea mediante la determinación de la misma, caso de que estuviese imprecisamente establecida, bien sea mediante la alteración de su contenido plenamente concretado, en virtud de ciertas razones legales justificativas (1). Para justificar su disociación de las posturas doctrinales que asignan estas sentencias al campo de las declarativas o al de las constitutivas, argumenta todas las razones que a su juicio permiten hacer de ellas un *gen* aparte. Aporta tales argumentos mediante el enfrentamiento de las sentencias fijativas a los demás tipos que él distingue: declarativas (certificativas y condenatorias), constitutivas y resolutivas. Estimamos que carece de interés hacer una referencia detallada de sus conceptos en el sentido indicado y prescindimos por tanto de ello; sobre todo, en lo que atañe a la diferenciación respecto a las constitutivas, dado el limitado concepto que de éstas tiene, ya superado, como sabemos, y respecto a las resolutivas, que, como en su momento vimos, deben ser consideradas como una subclase dentro de las constitutivas. Nos bastará con remitirnos, a lo largo de nuestra propia exposición, a las ideas e indicaciones del notable profesor alemán que estimamos útiles en la construcción que proponemos.

En Italia, GIOVENNA se limitó a una breve alusión a la doctrina de KESCH, sin hacer por su parte ninguna observación espe-

(1). V. ob. cit., págs. 111, 113 y ss.

cial para contribuir a la teoría de la sentencia dispositiva (1). CALAMANDREI, por el contrario, ha dedicado valiosas consideraciones al tema del poder discrecional del Juez, que es el dato central en el significado de las sentencias dispositivas. Debemos recoger sus ideas en más de una ocasión, bien sea para apoyar o para contrarrestar las nuestras.

Pero el primer procesalista italiano que ha realizado una precisión conceptual y un encuadramiento sistemático de este tipo de fenómeno de constitución procesal es CARNELUTTI, que habiendo propuesto en sus *Lezioni* (Vol. II) la distinción primaria entre proceso de certificación (*processo certificativo*) y proceso dispositivo, y la secundaria entre proceso constitutivo certificativo y proceso constitutivo dispositivo, ha mantenido este esquema en sus obras posteriores, y más detalladamente en el *Sistema* (2).

Sin embargo, es Alessandro RASCHLI quien más ha profundizado en el estudio de las sentencias dispositivas (a las que llama *determinativas*). Después de haber dedicado diversos trabajos a la investigación y explicación de la discrecionalidad en las decisiones jurisdiccionales, ha expuesto una doctrina bastante completa sobre dichas sentencias en el estudio La sentenza determinativa e la classificazione generale delle sentenze, incluido en el tomo II de los *Scritti giuridici in onore di Francesco CARNELUTTI*, que nosotros hemos citado ya en repetidas ocasiones.

En España sólo encontramos algunas breves alusiones a la obra de RASCHLI, así como al concepto de proceso dispositivo en CARNELUTTI, con indicación de algún que otro ejemplo de sentencia dispositiva en nuestro Derecho.

(1). V. *Principios*, I, pág. 226

(2). V. el núm. IV de la primera obra y el núm. 40 de la segunda.

Nosotros, sirviéndonos de los datos que los autores citados nos ofrecen -especialmente CALAMANDREI y RASILLI-, y añadiéndoles algunos elementos frutos de nuestra especulación personal, vamos a efectuar, para el Derecho español, la construcción doctrinal de la sentencia dispositiva, tal como la concebimos. Procuraremos de modo especial en ella atender a los imperativos de la claridad y la ordenación sistemática.

ELIACIÓN DEL CONCEPTO DE LA SENTENCIA

DISPOSITIVA

Para precisar el concepto de la modalidad de sentencia que estudiamos, plantea RASILLI una radical dualidad teórica, distinguiendo, junto a la clase general de las sentencias declarativas, la clase general de las sentencias determinativas, utilizando como criterio diferenciador la consideración del "diverso procedimiento con que el Juez establece cuál es la concreta voluntad de ley para el caso controvertido". Mientras en las sentencias declarativas "el Juez debe aplicar una preexistente norma de ley completa en todos sus elementos, en las determinativas debe, por el contrario, establecer cuál sea el contenido de voluntad de una norma que no define completamente el supuesto de hecho o la consecuencia de éste. Para hacer esto, el Juez ejerce un poder discrecional y debe inspirarse en las mismas valoraciones que de ordinario realiza el legislador para formular las normas del Derecho positivo" (1).

(1). La sentencia determinativa, etc., pág. 373.

Con estas indicaciones, toma el autor italiano los puntos ideales que revelan la esencial entidad de la sentencia dispositiva. Tomando como guía esas ideas, procedemos nosotros ahora a exponer nuestra propia interpretación sobre la misma materia.

Lo primero que debemos de ver es que la caracterización de una sentencia como dispositiva (determinativa o especificativa) pertenece a un plano lógico distinto del que se toma para plantear la habitual clasificación tripartita de las sentencias en declarativas (certificativas), condenatorias y constitutivas. Es por ello inadecuada la sistematización de KISCH, al situar las sentencias fijativas, como él las llama, como un tipo diferenciado junto a esas tres (1). No significa esta crítica que estemos totalmente conformes con la rigidez de la separación que RABELLI establece entre sentencias declarativas y determinativas, constituyendo con éstas un grupo homogéneo, con sustantividad suficiente para figurar frente a otro grupo homogéneo formado por las declarativas estrictas, y susceptible de una subdivisión en sentencias determinativas puras, sentencias determinativas constitutivas y sentencias determinativas con materia - subdivisión que dicho autor propone, tratando un paralelismo con respecto a la subdivisión de las declarativas en declarativas puras, condenatorias y constitutivas (2). La significación de significativa que puede marcar una sentencia, es a nuestro parecer sólo una cualificación secundaria dentro del primordial revestimiento técnico que le proporciona su parte-

(1). V. lo que sobre este tema escribe RABELLI, sin citar a KISCH (Op. cit., pág. 617)

(2). Cfr. la obra cit., pág. 617.

nencia a uno de los tres tipos resultantes de la trilogía formal en que la tutela jurisdiccional por sentencia puede concretarse: tutela jurisdiccional por simple certificación de una situación jurídica, por condena y por constitución (1). Sin que - el dar esa consideración de secundaria a la virtualidad dispositiva de una sentencia signifique menospreciar en nada la inabrogable importancia que el fenómeno tiene.

La dispositividad jurisdiccional es, pues, una propiedad - que puede ser ostentada - de modo excepcional, desde luego - por cada una de las tres categorías clásicas de sentencia, sin que por ello cambie en nada la esencia de la peculiar función ordenadora de cada una de ellas. Ya sabemos que todas las sentencias tienen de común, dentro de la decisión declarativa que les da sustancia, la certificación impositiva de una situación jurídica, o más simplemente, de un derecho subjetivo, cuya inmutabilidad define la fisonomía del concepto de la cosa juzgada material. Pues bien: esa certificación es siempre idéntica in se, sea o no dispositiva la correspondiente sentencia. El significado de la eventual dispositividad estriba en una especial naturaleza del presupuesto lógico de dicha certificación. Mientras ésta presupone, en los casos ordinarios, una mera actividad de - aprehensión intelectual de una situación jurídica, tal como - existe de antemano, por parte del Juez, otras veces va montada dialécticamente sobre una actividad judicial consistente en la fijación de su objeto, es decir, la indicada situación jurídica o derecho subjetivo; fijación que implica un ejercicio de libre

(1). V. en este sentido LIEBMAN: Eficiencia y actividad de la sentencia, pág. 90 (b).

decisión, de mayor o menor volumen según los casos, y que viene a ser como el sustrato inseparable de la decisión certificativa, con la que forma una específica unidad temporal. Llamamos la atención sobre esta última idea para eludir el riesgo de una posible confusión entre lo que se suele denominar juicio lógico de la sentencia -que es el precedente temporal de la decisión- y lo que aquí llamamos presupuesto lógico de la certificación, que sólo mentalmente puede ser discurrido de ésta, pues pertenece a su misma realidad histórica. En la sentencia dispositiva no es que el Juez fije primero la situación jurídica y después la certifique, sino que la fija certificándola o la certifica al fijarla, dentro de un mismo acto de voluntad.

Como fruto de estas consideraciones, podemos señalar ya los dos factores que circunscriben el concepto de la sentencia dispositiva. Tales factores son la fixación del objeto de la certificación impositiva, como aspecto extrínseco, y el servicio de un deber o deber servido de discrecionalidad en tal sentido, como aspecto intrínseco.

La primera noción delimita los límites de la concreción de algo indeterminadamente existente -idea sobre la que KISCH recoge la atención, con especial referencia a la cuantía de una prestación, al definir inicialmente la sentencia fijativa, si bien la corrige seguidamente admitiendo la posibilidad de que tal sentencia aparezca en casos que no impliquen un deber de prestación (1) y señalando como casos de la misma aquellos en que el Juez modifica la cuantía de una prestación perfectamente definida de antemano (2). Como precisamos al definir el panorama de la consti

(1). Cfr. Indicaciones, cit., pág. 111, nota.

(2). Cfr. Ibid., pág. 112.

tación procesal accidental, la fijación jurisdiccional puede referirse directamente, o bien a la existencia de la situación jurídica que ha de ser certificada, o bien a la determinación de alguno de sus elementos, o bien a su definitiva solución.

Esta triple posibilidad de la fundamental surge por la que rehusamos dar a la sentencia de que se trata el nombre de determinativa (pues consideramos éste rigurosamente adecuado sólo a una de esas posibilidades). El nombre de fijativa (palabra con que traducimos el que de KISCH, según dijimos), es preferible, porque permite abarcar dicha tricotomía de aspectos. Pero como la idea de fijación representa sólo el aspecto extrínseco en la sentencia de la sentencia determinativa, nuestra elección recae definitivamente sobre la denominación sentencia dispositiva, que es apta para integrar también el aspecto intrínseco antes indicado, dada la elasticidad de significado de la palabra dispositiva. Disposición jurisdiccional es, por tanto, para nosotros, lo mismo que fijación discrecional de una situación jurídica.

ACTIVIDAD PECULIAR DE LA SENTENCIA DISPOSITIVA

1. Esta última expresión refleja con toda precisión la entidad de la actividad específica que el Juez realiza en la sentencia dispositiva. Se trata con ella de delimitar rigurosamente la realidad jurídica que ha de ser certificada, y se concreta en un acto de especial naturaleza constitutiva, cuyo carácter decisivo se ostenta en la certificación impositiva de que va revestido. Esta certificación puede, o bien cumplir por sí misma plenamente la satisfacción positiva de la pretensión, apareciendo entonces expresamente en la sentencia (meramente declarativa, o certificati-

va, por tanto), o bien figurar implícitamente en la imposición constitutiva o condenatoria de las sentencias de esta clase. El JELI, desde su punto de vista (contemplación de las sentencias determinativas como un grupo homogéneo contrapuesto al de las declarativas), recoge tanto esta idea de certificación como aquella de delimitación de la realidad jurídica que ha de ser certificada, en las tres indicadas dimensiones. Después de constatar que las sentencias determinativas tienen de común con las declarativas el que en ellas se realice la certificación (afirmación) autoritaria de la existencia de una voluntad de ley, afirma que también en las determinativas se pueden dar las tres habituales hipótesis, según que la certificación autoritaria de la existencia de una voluntad de ley agote la tutela jurisdiccional reclamada, o que, a consecuencia del incumplimiento de una obligación autoritariamente constatada, se certifique la posibilidad de la ejecución forzosa, o, por último, que, establecida la existencia del derecho de una parte a obtener un cambio de situación jurídica frente a otra, el Jueces realice esta autorización en la misma sentencia (1). Desde otra perspectiva, replantea la misma tríada de posibilidades, tomando como idea base el objeto de la determinación, que puede ser "o derechos sustanciales cuya satisfacción no exija ulteriores medidas jurisdiccionales; o el incumplimiento de una obligación susceptible de ejecución forzosa, o el derecho a obtener un cambio de situación jurídica..." (2). Mientras la primera visión refrenda simplemente nuestra afirmación de que el concepto de sentencia dispositi-

(1). Cfr. La sentencia determinativa, etc., pág. 616.
(2). pág. 617, nota.

va puede manifestarse en cada uno de los tres tipos de decisión que la doctrina dominante conoce en razón de la forma de la tutela jurisdiccional —aunque el autor lleve su observación al extremo antes aludido de hacer de las determinativas un grupo homogéneo—, la segunda nos sugiere ya, aunque no de una manera suficientemente clara y satisfactoria, el contenido de la actividad dispositiva del Juez. Trátemos nosotros de completar con alguna precisión, desarrollando los dos términos del concepto dado.

Para ello, vamos a examinar la mecánica dialéctica de la —disposición jurisdiccional (en los dos elementos de ésta: fijación y discrecionalidad), entendiendo por tal mecánica la perspectiva dinámica que resulta de enfocar la actividad judicial —desde el punto de vista de las normas jurídicas y de verla proyectada hacia la definitiva fijación de una situación jurídica.

Al final de la INTRODUCCION de este trabajo y al comienzo de la exposición de los efectos de la sentencia constitutiva, he hecho diversas consideraciones generales sobre la significación de los principios de legalidad y equidad en la función jurisdiccional del Estado, desarrollando en el segundo de ellos lo dicho en el primero, con objeto de poner de manifiesto el juego de dichos principios en los distintos casos de sentencia constitutiva. Ahora, volviendo sobre la perspectiva general ofrecida en dicho segundo lugar, vamos a estudiar, como factor de importancia primordial, la función del principio de equidad en cuanto que, estando basado en la existencia de un determinado vacío legal, origina una especial manifestación de la constitución jurídica procesal.

Después que las normas jurídicas sustanciales, al proyectar su ordenación de la vida social, establecen a veces una de-

terminada consecuencia jurídica (atribución de un derecho o negación de un deber) en virtud de un supuesto de hecho que designa con palabras imprecisas, alusivas a un concepto de apreciación empírica, tal como la buena fe, la diligencia de un buen padre de familia, etc. (1). Otras veces, es la consecuencia jurídica la está de alguna manera en función de ese concepto flexible. Tal sucede en los casos en que la norma, "designando con precisión los extremos del hecho específico que regula en hipótesis, no establece en forma tentativa cuál deba ser la consecuencia jurídica de la concreta realización de estos extremos, sino que deja esta consecuencia sin precisar en la cantidad o en la calidad, haciendo al Juez árbitro de suspender o delimitar la producción de este efecto, o de escoger entre dos efectos diversos, o, finalmente, de adoptar las providencias que considere más convenientes a las circunstancias del caso" (2).

Estas dos posibilidades vienen a insinuarnos que la actividad del Juez, al tener que habérselas con una pretensión en la que se afirma un derecho otorgado en razón de un supuesto de hecho que contiene alguno de los indicados conceptos empíricos, o configurado por esas normas sustanciales con un contenido cualitativo o cuantitativamente impreciso, no se reduce a la mera labor de aprehender intelectualmente, una vez comprobado en el proceso, algo que existía con anterioridad, para certificarlo imperitivamente. Pero no basta este inicial planteamiento para comprender exactamente la dialéctica de la singular función que el

(1). V. GALANANDEY: Límites entre jurisdicción y administración en relación entre el Poder Judicial, 1946, pág. 10.

(2). *Ibid.* y op. cit., pág. 40.

Fues cumple aquí, ni para abarcar todas las posibilidades de una conducta judicial distinta de aquella simple aprehensiva, que - al ordenamiento jurídico presenta. Para alcanzar estos objetivos y trazar una perspectiva doctrinal satisfactoria, debemos - enlazar los datos indicados con la teoría de las normas instrumentales (intermedias o judiciales), tal como nosotros la hemos esbozado en la fase anterior de este trabajo, y desarrollar así las indicaciones que en el mismo sentido hicimos al comenzar el estudio de los efectos de la sentencia constitutiva.

Estas normas instrumentales están, como sabemos, normalmente implícitas tras las sustanciales, y su función consiste, en los casos más puros, en trazar una superestructura de tutela jurídica, configurando, en un aspecto estético, una medida que satisfaga el interés perjudicado con la infracción de la correspondiente norma sustancial, y, en un aspecto dinámico, concediendo una potestad de acción procesal -concreta- al titular del interés lesionado, para hacerlo efectivo jurisdiccionalmente, y señalando el contenido de la conducta que el Juez habrá - de realizar para tal efectividad.

Al objeto de dar la mayor claridad posible a nuestra exposición, iremos dando ejemplos ilustrativos de los diferentes - conceptos. Hagámoslo en primer lugar discutiendo la formulación - de una de esas normas instrumentales implícitas, en su manifestación más simple. Si suponemos que el propietario de una cosa ha sido desposeído de ella por otro sujeto, que la conserva en su poder, la norma instrumental correspondiente puede imaginarse en estos términos: "El propietario de una cosa es privado de ella (oposición jurídica), podrá pedir la reintegración de - la misma (potestad de acción y medida jurisdiccional) al Orogano

jurisdiccional, el cual, si esa petición es interpuesta, deberá realizar dicha reintegración" (conducta judicial).

Cuando la efectividad exista del interés lesionado no es posible por cualquier causa, la norma instrumental señala una medida jurisdiccional substitutiva de dicho interés, pero no por una razón autónoma, inherente a la propia norma instrumental, si no porque en tal circunstancia la norma sustancial constituye el objeto de la situación jurídica de que se trata (por ejemplo, la entrega de una cosa destruida por la indemnización del precio de la misma).

Estas normas instrumentales son el primer plano jurídico - con que el Juez se encuentra cuando tiene que emitir su decisión. Si se da el caso normal de que la norma sustantiva base determine plenamente la situación jurídica que crea, la conducta judicial que la norma instrumental señala para el caso de oposición jurídica en el seno de dicha situación, estriba siempre, y por lo menos, en la certificación impositiva de ésta, sin que el Juez tenga para ello que hacer otra cosa que aprehender intelectualmente su existencia y declararla. Pero no sucede exactamente - igual cuando las normas sustanciales presentan un contenido impreciso, ya sea en la indicación del supuesto de hecho, ya sea en la disposición de la consecuencia jurídica. En la primera hipótesis, la imprecisión atañe a la existencia misma de la situación jurídica que la norma define; por lo que la forma jurídica superpuesta por la correspondiente norma instrumental se halla también en la misma circunstancia. Más concretamente: la potestad concreta de acción procesal tiene una existencia imprecisa cuando la norma sustancial no fija de manera rigurosa la configuración de existencia del derecho que otorga. La norma instrumental dirá, por ejemplo: "El que, por haber causado negligente

mente un daño en una cosa de propiedad ajena, está obligado a pagar el importe de tal daño no cumpliere su obligación, el propietario de la cosa podrá pedir frente a él, del Organo jurisdiccional, la efectividad de su derecho a la indemnización, que deberá serle concedida por dicho Organo". El Juez ante quien se interponga una pretensión en que se afirme la oposición jurídica que esta norma configura y se pida la medida jurisdiccional que establece, necesitará, para practicar esta medida, comprobar que es cierta la existencia del derecho a la indemnización y de su incumplimiento. Para apreciar el primer extremo habrá de constatar dos cosas: la relación efectiva de causalidad entre una conducta (acción u omisión) del demandado y la producción del daño, como aspecto extrínseco, y el aspecto intrínseco consistente en un especial sentido o cualidad de dicha conducta vagamente indicado por el concepto de negligencia. Pues bien: mientras la relación de causalidad aludida y el incumplimiento son hechos de significado tan concreto normalmente que la apreciación de su existencia sólo requiere una observación -ya sea en sí mismos o a través del medio que los prueba-, la apreciación de la negligencia exige una actividad de valoración, que ha de ejercitarse procediendo con un campo de abstracciones mentales, determinado por una mayor o menor extensión de nociones entre los límites representados por la diligencia absoluta y la negligencia absoluta. Es aquí que el Juez, al tener necesariamente que decidirse, en razón de su función, por una cualificación precisa del hecho en cuestión en el caso particular que ha de juzgar, tenga al mismo tiempo para ello un cierto margen de libertad en la selección del concepto que ha de concretar con cualificación, lo

cuál significa, si estima que la negligencia ha existido en la conducta de que se trata, que contribuye de algún modo, por resultado que sea, a crear el dato de la negligencia, -como aspecto del hecho constitutivo afirmado por el demandante-, para el caso concreto en litigio.

En la hipótesis de imprecisión de la norma sustancial en el establecimiento de la consecuencia jurídica, la norma instrumental determina también de una manera imprecisa el objeto del derecho de acción que confiere. Así puede pensarse, por ejemplo, en una norma instrumental que se exprese de esta manera: "Si el obligado a pagar alimentos a otra persona en proporción a sus propios medios y a las necesidades de ésta, no cumple su obligación..." Aquí el Juez, al emitir una sentencia favorable a la pretensión afirmadora de la acción concedida en abstracto por la norma, necesita determinar el objeto exacto del derecho del alimentista (o, lo que es igual, el objeto de su derecho de acción procesal) para poder certificarle (1) eficazmente, es decir, de modo que la tutela jurisdiccional quede realmente cumplida. Esta actividad determinativa es necesaria por cuanto la norma sustancial, al definir la situación jurídica de prestación de alimentos, no fijó criterios rigurosos para regular el importe de éstos, sino que se limitó a señalar a tal efecto los imprecisos conceptos de "necesidad" de un sujeto y de "posibilidades" de otro. Por lo cual el Juez gana aquí también, en virtud de la norma instrumental que la marca una conducta de tutela jurídica caso de que se dé la forma de oposición jurídica en ella definida, de un cierto margen de libertad, que en este co-

(1). Y, naturalmente, imponerle condenatoriamente también.

se se refiere a la fijación del derecho subjetivo sustancial en un elemento objetivo, y por tanto a la fijación del objeto de la acción procesal ejercitada (objeto mediato, pues el inmediato es la "prestación de justicia").

Sabemos que las normas jurídicas instrumentales o judiciales están en la mayoría de los casos ocultas tras las sustanciales. Ello es así porque su función normal consiste, como hemos venido sugiriendo en diversas ocasiones, en describir, sobre la base de las citadas normas sustanciales, y en razón de una operación jurídica acaecida en el seno de éstas, una superestructura de tutela jurisdiccional (potestad de acción procesal, sumisión correlativa, contenido concreto de la obligación judicial de actuar) que tiene por fin hacer efectivo el mismo interés tutelado primerariamente por las repetidas normas sustanciales. Sin embargo, hay algún caso excepcional, dentro de esta hipótesis normal, en que dichas normas instrumentales aparecen expresamente, de una manera más o menos completa. Por ejemplo, en el artículo 348 del Código Civil, en cuyo párrafo segundo se dispone que "el propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla".

Pero descontando estas raras y pocas ocasiones, las normas judiciales se muestran expresamente, también de un modo más o menos detallado, siempre que la tutela jurisdiccional que concierne no consista simplemente en el modo de hacer realidad el fin objetivo de la situación jurídica definida por una norma sustancial, mediante el enfrentamiento procesal de los sujetos participantes en dicha situación. Ello sucede, más concretamente, en los siguientes casos:

a) Cuando, por determinadas razones, la Ley hace un desdoblamiento entre los dos elementos que integran el derecho de acción procesal (como cualquiera otra): atribución de un bien y atribución de una cierta posibilidad subjetiva de obrar en relación a él, confiando el segundo de ellos a un sujeto distinto de su normal titular, mientras éste sigue manteniendo la titularidad del primero. Tal es el caso, por ejemplo, cuando la Ley concede la subrogación de una acción, dando lugar a un fenómeno de sustitución procesal. Así en el caso del artículo 1111 del Código Civil, en que se prevé la hipótesis general de subrogación de acciones, y el del artículo 486, que en las específicas circunstancias que señala (usufructo de una acción), regula una hipótesis particular de dicha subrogación.

Como se aprecia al consultar esos artículos, la aparición externa de una norma instrumental en ellos se reduce estrictamente a lo necesario para indicar el elemento diferencial en la acción de que se trata en cada caso, o sea la compleja titularidad de la misma, que el fenómeno de la subrogación comporta.

b) Cuando la función de la tutela jurisdiccional que esas normas instrumentales procuran no consiste en hacer efectivo el mismo interés que unas normas sustanciales protegen primordialmente, sino en satisfacer un especial interés de carácter derivado, que es tutelado de una manera exclusiva e inmediata por tales normas instrumentales. Esto sucede singularmente, como ya hemos observado con detenimiento en otros lugares de este trabajo, en los casos más peculiares y numerosos de acción constitutiva (todas aquellas que puedan dar lugar a una sentencia constitutiva alternativa o necesaria). En tales supuestos, aunque la operación jurídica que hace nacer la acción consiste en la infracción de

una norma sustancial expresa, dicha acción no tiende a hacer efectivo el interés tutelado por tal norma sustancial, por la sencilla razón de que esa efectividad es imposible. Así, en el caso de acción de divorcio por adulterio, aunque este hecho supone una transgresión de la norma positiva que prescribe a los cónyuges guardarse fidelidad, como la lesión del interés del cónyuge ofendido a la fidelidad del culpable es enteramente irreparable, lo que la acción hace posible es la efectividad de un interés derivado de la infidelidad: el de vivir separadamente.

Más claramente aún se nota la función aritmética de las normas instrumentales a que nos referimos, en los casos en que la operación jurídica no consiste en la infracción de un deber declarado por una norma sustancial (declaraciones de incapacidad, nulación de los contratos, etc.).

e) Por último, aparecen también expresas las normas instrumentales cuando prescriben una cierta alteración, en las circunstancias que prevén, de la medida jurisdiccional normal que establecen cuando tales circunstancias no se dan; alteración que ha de realizarse a través de una modificación de la situación jurídica material en cuyo seno se ha producido la operación jurídica fundamentadora de la acción. Véase en el caso del artículo 1154 del Código Civil, en el que se prescribe al Juez la reducción de la cláusula penal cuando la obligación principal ha sido cumplida en parte o irregularmente por el deudor. Esta disposición tiene dos sentidos. De una parte, concede al deudor una acción constitutiva para obtener la reducción de la pena, según vemos al estudiar el caso en la teoría de la sentencia constitutiva; de otra parte, es un fragmento expreso de la norma instrumental que concede al acreedor una acción de condena frente al deudor.

der en el caso de que, no habiendo éste cumplido perfectamente su obligación principal, tampoco hubiese satisfecho la cantidad convenida como pena. La norma instrumental total podría formularse de esta manera: "Si habiéndose estipulado por dos sujetos una cláusula penal para el caso de incumplimiento de la obligación principal, este incumplimiento se produce y el deudor no satisface la pena, puede el acreedor pedir al Órgano jurisdiccional la efectividad de la misma, que deberá serle concedida. Pero EL JUEZ MODIFICARA EQUITATIVAMENTE LA PENA CUANDO LA OBLIGACION PRINCIPAL HUBIERA SIDO EN PARTE O IRREGULARMENTE CUMPLIDA POR EL DEUDOR".

En este caso, como en otros similares que ya veremos, la norma instrumental aparece expresa en la medida en que es necesario para señalar una variante en la actividad judicial normal.

Consideremos ahora la función de la actividad judicial en estos casos en que las normas judiciales o instrumentales aparecen expresas, al objeto de explicar desde este plano los casos en que dentro de esa función figura la fijación de una cierta situación jurídica o derecho subjetivo en virtud de un cierto margen de discrecionalidad o actuación equitativa dejado al Juez por dichas normas instrumentales expresas.

Respecto a los casos en que la aparición externa de las mismas obedece a la primera razón indicada, o sea, la creación de una compleja titularidad de la acción que concetan, nada de especial hay que decir, puesto que la posible imprecisión en la existencia o el objeto de dicha acción (y en su caso, del derecho subjetivo material sobre el cual está superestructurada) es una circunstancia inherente a la propia sustancia de ésta, que en nada queda afectada por ese excepcional fundamento de titularidad.

En la segunda hipótesis de normas instrumentales expresas, es decir, cuando éstas tutelan de manera primaria un cierto interés, existen diferentes casos en los que la Ley deja impreciso el supuesto de hecho (totalmente o en alguno de sus elementos) que condiciona la existencia del derecho de acción procesal, o la extensión de la medida jurisdiccional en que consiste el objeto de tal derecho. Casi no es necesario advertir que al hablar de supuesto de hecho en estos casos, nos referimos a una cierta situación de oposición jurídica, que justifica una decisión jurisdiccional que cumpla el fin de la ordenación social - en el caso concreto, a incitación de una queja social articulada formalmente como pretensión.

Vamos a citar dos supuestos legales en los que, respectivamente, aparecen imprecisamente la condición de existencia del derecho de acción procesal y el objeto del mismo. El primero de ellos corresponde al artículo 1707 del Código Civil, en el que, al configurarse la acción procesal constitutiva para la disolución de una sociedad, se concede dicha acción, además de por los motivos que taxativamente expresa, por cualquier "otro semejante, a juicio de los Tribunales". El otro caso es el previsto en el artículo 218 del mismo Cuerpo legal, según el cual la declaración de incapacidad de un sordomudo "fijará la extensión y límites de la tutela según el grado de incapacidad...".

Al estudiar particularmente los casos de sentencia constitutiva que estas dos normas regulan, decíamos que en ellos la conducta judicial constitutiva está regida en una cierta medida por el principio de equidad, en cuanto que, al producir el efecto disolutorio de la sociedad o el modificativo de la capacidad del sordomudo, realice una apreciación discrecional del motivo

que el artículo 1707 deja a su criterio, y determina discrecionalmente la amplitud de la incapacidad jurídica que ha de sufrir el sordomudo. Contempláremos, pues, la intervención del principio --jurisdiccional de equidad desde el punto de vista de la producción del específico efecto definidor de la sustancia, por decirlo así, de la sentencia. Pero ahora nuestra perspectiva envuelve la observación del efecto constitutivo sustancial para centrarnos en la investigación del papel que dicho principio de equidad desempeña en la actividad de fijación que el Juez realiza como presupuesto lógico de la certificación impositiva que pronuncia.

Si, en la hipótesis citada del artículo 1707 el Juez certifica la existencia de la acción procesal disolutiva en virtud de --uno de esos motivos cuya apreciación deja la Ley a su criterio, -- fija en el mismo acto certificativo la existencia de tal derecho de acción en el caso concreto; existencia que la Ley, aun siendo causa formal de ella, condicionaba de una manera imprecisa en su ordenación general. Lo cual quiere decir que el Juez, al apreciar esta existencia en el caso particular sometido a su decisión, no se limita a aprehenderla intelectualmente como realidad plenamente definida con que se encuentra, sino que en una magnitud considerable la constituye, en cuanto precisa el contenido de la norma legal en relación con el supuesto a que se centra su decisión. De donde se infiere que el Juez realiza dos actividades constitutivas en la misma sentencia: una constitución accidental, en cuanto contribuye discrecionalmente a dar existencia al derecho de acción constitutiva, y una constitución sustancial, en cuanto que dicta la disolución de sociedad que es el objeto de dicha acción.

En la hipótesis del artículo 215 del Código Civil, la sentencia extinatoria del Juez, al certificar la existencia de la acción

procesal de incapacidad, por el solo hecho de haber quedado con probada la cordemien y las demás circunstancias constitutivas de la oposición jurídica del caso (véase la exposición hecha al estudiar este caso de sentencia constitutiva) fija discrecionalmente -o, lo que es igual, con un criterio de equidad- el objeto de la misma, es decir, la extensión de la incapacidad, puesto que la Ley no determina rígidamente los límites que debe tener, sino que deja su delimitación a esa libre decisión del Juez. Por tanto, el Órgano jurisdiccional, al determinar la extensión de la incapacidad, -constituye accidentalmente, si no la existencia estricta del mencionado derecho de acción procesal, si su existencia con el preciso objeto en que consiste esa extensión que ha determinado. Con lo que resulta que en la sentencia de incapacidad del cordemien -- concurren igualmente las dos formas de la constitución procesal - que hemos encontrado en la sentencia disolutiva de la sociedad.

Examinemos ahora la tercera posibilidad de manifestación expresa de las normas instrumentales, que, según decíamos, se cumple en los casos en que, por una razón de justicia, dichas normas instrumentales disponen una alteración en la actividad jurisdiccional tuteladora que normalmente prescriben en razón de la oposición jurídica que contemplan. Esta especialidad es la que determina que - lo que aparece expreso de la norma instrumental (salvo que concurre otra distinta circunstancia determinante de la expresión de - otros aspectos) sea simplemente la parte de ella en que se establece la indicada alteración de la actividad jurisdiccional.

Podemos decir que, en estos casos, lo más característico es que las normas instrumentales concedan siempre al Juez un margen de actuación equitativa en su función de ordenación social sobre casos concretos. Actuación que se traduce en una fijación defini-

tiva de la situación jurídica material que se certifica impositivamente; por tanto, en un fenómeno de constitución procesal accidental, de concreto carácter modificativo.

Todo esto se aprecia de manera incontrastable en el caso del artículo 1134 del Código Civil, antes puesto como ejemplo. Al mismo tiempo que la parte oculta de la norma instrumental que construímos concede al acreedor el derecho de acción procesal condicional, la parte expresa de la misma, que es lo que contiene el artículo, indica la variante excepcional de la conducta judicial positivamente satisfactiva de la correspondiente pretensión, precisando los conceptos "modificación"-que aquí se refiere al objeto del crédito penal- y "equidad", y expresando la razón de justicia a que obedece la especialidad de su disposición.

Supuestos singularísimos, cuya explicación resulta un tanto escabrosa, son los que ofrecen los artículos 1124 y 1128 del Código Civil. El primero de ellos contiene una norma judicial o instrumental -que puede considerarse completa- expresa por dos razones: porque concede una acción constitutiva tuteladora primaria -de un interés (el interés en la resolución de una obligación, derivado del incumplimiento de la misma por su titular) y porque, - en la circunstancia que prevé, dispone la posibilidad de una alteración en la medida jurisdiccional que recaerá normalmente en virtud de la oposición jurídica en ella representada. Mientras en los párrafos primero y segundo se expresa la facultad de pedir la resolución, en el tercero se indica la conducta jurisdiccional constitutiva ("El Tribunal decretará la resolución que se reclama"...) pero ello para prevenir la posibilidad de una desviación en la misma ("... a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo"); Con esta última parte de la norma, se confiere al --

Juez el poder discrecional de introducir una modificación (mediante el aplazamiento del crédito del actor) en la situación jurídica cuya resolución se le pida en unas circunstancias que la norma deja imprecisas. ¿Cómo explicarnos este caso en que la fijación que el Juez, en su caso, realiza modificativamente opera sobre una situación jurídica material que no es objeto de certificación impositiva en el supuesto de sentencia resolutoria?

Al estudiar la dimensión temporal de los efectos jurídicos-materiales de la sentencia constitutiva, dijimos, como se recordará, a propósito de este mismo supuesto, que cabía la posibilidad de una sentencia constitutiva en que se pronunciase la innovación jurídica para un momento futuro. Pues bien, admitiendo esta hipótesis, la sentencia constitutiva que se dicta es dispositiva en cuanto, a través de la modificación de la situación jurídica material que se pretende resolver, el Juez modifica la acción procesal constitutiva cuya existencia certifica, en el sentido de retrasar su actuación hasta un momento posterior y condicionarla al hecho de que en el tiempo intermedio o en el término final el cumplimiento de la obligación no tenga lugar.

Pero también cabe que el Juez, en vez de dictar una constitución de futuro, desestime la pretensión constitutiva y certifique -inpositivamente -es decir, con fuerza de cosa juzgada material- la existencia de la situación jurídica material tal como él la ha modificado mediante el aplazamiento. En este caso, la sentencia presentaría una fisonomía singularísima. Si lo que el Juez hiciese fuese meramente desestimar la pretensión constitutiva, en razón de que el incumplimiento no ha tenido lugar por estar la obligación aplazada de antemano, no habría problema alguno, pues la actividad jurisdic-

cional consistiría solamente, como en todas las sentencias desestimatorias, en certificar la inexistencia de la acción afirmada. La dificultad de explicación teórica surge cuando la actividad judicial consiste en desestimar la pretensión constitutiva porque - la acción en ella afirmada ha dejado de existir a consecuencia del plazo introducido en la situación jurídica material. Aquí el Juez no se limita a modificar el derecho de acción constitutiva, sino - que utiliza la facultad discrecional que la Ley le da de desestimarle, y lo hace emitiendo una sentencia que certifica, frente al demandante, la nueva configuración de la indicada situación jurídica material. Lo cual significa que se somete a ese demandante a la certeza de que su derecho de acción no existe, a través de la modificación de la situación jurídica material base del mismo. Dicho - con más claridad: el Juez, ejercitando el poder discrecional que - la norma instrumental le da, modifica la situación jurídica que el demandante quiso resolver, y con ello fija la inexistencia del derecho de acción afirmado por el mismo, creando con esta fijación - el objeto de la certificación impositiva que su sentencia desestimatoria pronuncia. Sentencia que, aun con su carácter negativo, tiene naturaleza dispositiva, presentando un contenido complejo en su declaración de certeza, pues en ésta quedan comprendidos la definitiva estructura de la situación jurídica material y la inexistencia de la acción resolutoria; elementos, ambos, que han sido objeto de la fijación judicial discrecional.

Dificultades similares presenta el otro artículo citado, el - 1128 del Código Civil. En él se prescribe que los Tribunales fijen la duración del plazo de una obligación cuando de la naturaleza y circunstancias de éstas se deducen que ha querido concederse al deudor, o cuando su determinación haya sido dejada a voluntad de éste.

A través de esta disposición, aparecen elementos expresos de una compleja norma instrumental, que podría construirse, más o menos, de esta manera: "Si el sujeto que ha contraído una obligación no la cumple, el acreedor podrá pedir su efectividad a los Tribunales, y éstos deberán proveer a ella. Pero si de la naturaleza o circunstancias de la obligación se dedujere que se ha querido conceder un plazo al deudor, fijará la duración del mismo, dando a la pretensión presentada el destino que corresponda. Lo mismo harán en el caso de que el plazo hubiese quedado a voluntad del deudor". Dejamos intencionalmente imprecisa esta formulación, porque el que creemos es este contenido de la norma ha de ser comprendido meditando sobre las posibilidades que, en virtud del supuesto que prevé, se abren a la actividad jurisdiccional. Veamos, procediendo con todo el rigor de lógica jurídica a nuestro alcance, cuáles son tales posibilidades.

El proceso estará normalmente excitado en estos casos por una pretensión de condena. Por tanto, el Juez se verá, atendiendo a los datos resultantes de la prueba, ante el fundamental dilema de estinar o desestinar dicha pretensión. Pero, al quedar evidenciada, en razón de esa prueba, la necesidad de fijar el plazo en la situación jurídica base de la pretendida acción de condena, el Juez, utilizando la facultad discrecional que la Ley le da, puede determinar como tal plazo el transcurrido desde la constitución de la situación jurídica al momento de la presentación de la demanda o del último trámite anterior a la sentencia. En tal caso, su resolución consistirá en fijar dicha situación jurídica como definitivamente configurada en el momento de la sentencia, en certificar consiguientemente su existencia de tal modo, y por tanto la existencia de la acción de condena afirmada, y en condenar sin más al deudor por el incumpli-

niente de la obligación. Más también puede el Juez extender el plazo hasta un momento posterior al pronunciamiento de su sentencia. En tal hipótesis, cabe en el contenido total de su decisión dos posibilidades: destinar la pretensión de condena o emitir una condena de futuro. En el primer caso, su actividad comprende la definitiva fijación de la situación jurídica sustantiva a través de su certificación como no plenamente desarrollada en el tiempo hasta un cierto momento, y la fijación consiguiente de la inexistencia del derecho de acción condenatoria mediante la certificación de dicha inexistencia. En el segundo caso, fija de la misma manera la situación material, - pero, en lo que atañe a la acción de condena afirmada, aun no certificándola como pretendió el demandante, lo hace dándola - por existente, si bien condicionada, en cuanto a su fuerza determinante de la sentencia condenatoria, al transcurso de un tiempo preciso sin que el cumplimiento de la obligación tenga lugar.

De entre estas dos últimas figuras de decisión, parece preferible la segunda (lo mismo podría decirse respecto a la hipótesis similar en el supuesto del artículo 1124 antes examinado), en razón del principio de economía procesal y en consideración a la conveniencia de evitar la reiteración de litigios (1).

Oremos haber puesto de relieve con suficiente nitidez, a través de la amplia exposición que antecede, demostrando nuestra afirmación inicial, que la constitución procesal acciden- tal que produce la sentencia dispositiva consiste en la fijación definitiva de una situación jurídica, o mas simplemente,

(1). V. en este sentido DE LA PLATA Curso Procesal Civil Buenos Aires, I, pág. 124.

de un derecho subjetivo, que el Juez, en el ejercicio de un margen de discrecionalidad, más o menos amplio según los casos, que la Ley le deja, realiza a través del aspecto de su decisión que es común a todas las sentencias: la certificación impositiva.

Hemos visto que el objeto de la fijación es una situación jurídica, que puede tener naturaleza material o procesal; con la particularidad de que si la sentencia fija un derecho subjetivo de esa primera clase, lo hace también con el correspondiente derecho de acción procesal (por ejemplo, al fijar la cuantía de la pena convencional fija igualmente la extensión de la condena), - pero no siempre la fijación de la acción procesal supone fijación de un derecho material (así, cuando el Juez determina la extensión de la incapacidad que ha de sufrir el condenado). En cuanto al aspecto a que se refiere la fijación en cada caso, puede consistir, tal como ha quedado patente, en la existencia, positiva o negativa, del derecho subjetivo de que se trata, en el objeto preciso del mismo o en su definitiva estructura.

Con estas ideas queda sintéticamente descrito el que hemos llamado aspecto extrínseco de la sentencia dispositiva. Junto a él aparece un aspecto intrínseco, consistente en el margen de discrecionalidad con que el Juez actúa al realizar la fijación en cualquiera de las indicadas hipótesis.

Este margen de discrecionalidad, que, según creemos haber advertido claramente, es una concesión de las normas jurídicas judiciales (intermedias e instrumentales), consiste en esta concesión en un cierto valor de libertad de decisión que el Juez tiene - respecto a la posición (colocación, hecho de estar en) de los sujetos afectados en el proceso, en determinadas relaciones jurídicas. Su término lógicamente contrapuesto es el hecho de la rigidez

vinculación en que el Juez se encuentra cuando ante esas realidades jurídicas sólo le compete la actitud de observancia y aprehenderlas intelectualmente tal como existen, sin más (así en las sentencias certificativas y condenatorias), o, en otros casos - (sentencias constitutivas), junto con la función estrictamente - reglada de crearlas, modificarlas o extinguirlas. Este otro término es el que se halla contenido en el concepto de principio - jurisdiccional de legalidad que nosotros hemos venido utilizando en diversos momentos de este trabajo. Bien entendido, como en otra ocasión hicimos advertir, que la contraposición entre principio de legalidad y principio de equidad no puede entenderse de una manera absoluta, puesto que el Juez siempre cumple normas en el ejercicio de su función, siquiera sean sólo (lo cual difícilmente ocurre) las que le confieren el poder de decidir discrecionalmente al cumplir su deber general de ejercitar esa función jurisdiccional (1).

Consideramos innecesario e inadecuado a los límites de nuestro trabajo hacer más extensas indicaciones sobre el contenido - de la actuación discrecional en el Proceso, así como sobre la integración doctrinal de la misma dentro de una teoría general acerca de la discrecionalidad en las diversas vertientes de la actividad jurídica del Estado. Sobre esto nos limitamos a remitirnos a las interesantes consideraciones que expone RASKILL en el estudio tantas veces citado por nosotros (2). Sólo queremos añadir - por nuestra parte a lo ya dicho, con objeto de calazar con ideas expresadas anteriormente, que cuando la Ley deja a la libertad -

(1). V. a este propósito RASKILL: op. cit., pág. 605, nota.

(2). V. págs. 602 y ss. del tomo II de los Estudios en honor de RASKILL.

del Juez de una manera directa y consciente la apreciación del supuesto de hecho de la situación jurídica, la determinación de su objeto o la fijación de su definitiva estructura, la actuación discrecional de éste con dentro del concepto secundario de criterio concreto de equidad, que nosotros hemos precisado; mientras, cuando lo que el Juez hace es precisar el sentido o valor de los conceptos empleados en las normas materiales o instrumentales, actúa según un criterio de equidad de carácter general.

2. Concedores ya de lo que el Juez hace en la sentencia dispositiva, técnico ahora investigar la naturaleza de esa restricta actividad que define la figura peculiar de esta forma de decisión.

No existe sobre este punto una doctrina suficientemente clara, ni, desde luego, común entre los autores que se han ocupado de la sentencia dispositiva. KISCH considera, según dijimos al principio, la sentencia fijativa (festsetzende), o mejor dicho, la actividad característica de la misma, como un hecho procesal "que se añade a otro extraprocesal para producir juntamente con éste un determinado efecto jurídico" (1). Este efecto jurídico consiste en completar una situación jurídica ya dada. Por lo cual, su producción depende de que el hecho extraprocesal haya creado realmente dicha situación jurídica y que ésta subsista (págs. 112, 113). A través de la exposición de su doctrina se advierte, al menos implícitamente, -pues no se plantea el problema a que nos referimos de una manera consciente y abierta- que el hecho de que la Ley confiera al Juez en específicas

(1). Rechtswesen und Verwaltung, pág. 112.

ocaciones un cierto margen de libertad para la definitiva fijación de una prestación (mediante la determinación de su cuantía o mediante su reducción) no norma en nada la naturaleza jurisdiccional de la sentencia en que dicha libertad es ejercitada. La discrecionalidad judicial aparece en él como un dato perfectamente encajado en el concepto de jurisdicción (1). La actividad del Juez en la sentencia dispositiva es enteramente jurisdiccional (repetimos que él no llega a plantearse la cuestión, y, por tanto, no formula expresamente esta idea), lo mismo que la constitutiva, con la que tiene de común el crear un hecho del que las normas jurídicas extraen un determinado efecto, si bien se diferencia de ella en que mientras la constitutiva da lugar a un efecto negativo, normalmente (la eliminación de una situación jurídica), la fijativa, por necesidad conceptual, tiende a una consecuencia positiva: determinación de la cuantía de una prestación, etc. (2).

No es necesario repetir aquí la crítica sobre su concepto de la sentencia constitutiva, ni tampoco detenernos en considerar el contraste que establece entre ella y la dispositiva. Nos limitamos a recoger la idea implícita de que la actividad judicial en esta última case dentro del concepto de jurisdicción, así como la de que su función consiste en determinar una innovación en el mundo de las situaciones jurídicas, mediante la posición de un hecho complementario.

GALAMANIRI, en su estudio dedicado a la investigación de los límites entre la jurisdicción y la administración, hace amplias -

(1). Pueden consultarse las consideraciones que hace en la pág. 124 de su obra.

(2). *Op. cit.*, pág. 114.

consideraciones sobre el tema del poder discrecional del Juez en las sentencias determinativas, para llegar a la conclusión de - que en ellas, lo mismo que en las constitutivas, la actividad judicial específica no es de naturaleza jurisdiccional, sino administrativa. Su punto de partida está en la idea de que en la sentencia determinativa se da, lo mismo que en la constitutiva, una distribución de la actividad del Juez; pero con la diferencia de que "mientras en la sentencia constitutiva el Juez, llevada a cabo la declaración de certeza, se limita a ejecutar lo que ha declarado como voluntad de ley", en la determinativa, el Juez, "agotada la fase de declaración de certeza, debe querer en lugar de la Ley en el campo dentro del cual la Ley le deja libre para querer" (1). "En el caso de las sentencias constitutivas -continúa diciendo- la Ley quiere que su voluntad pueda ser ejecutada solamente por el Juez; en el caso presente, en cambio, la Ley renuncia expresamente a querer precedentemente, y se remite, caso por caso a la voluntad del Juez, por considerar que éste podrá, libre de toda determinación a priori, tomar medidas más apropiadas a las exigencias de la vida práctica" (2). En conclusión, estimando que tampoco en la actividad judicial de determinación discrecional se dan los caracteres que definen la función jurisdiccional (sustitución de actividad y declaración de certeza de voluntades de ley preexistentes), afirma que la actividad específica que el Juez realiza en la sentencia determinativa es de naturaleza administrativa, análoga a la de los actos de jurisdicción voluntaria (3). El Juez la realiza cumpliendo normas de Ley direc-

(1). Ídem, op. cit., en Estudios cit., pág. 42.

(2). Ídem.

(3). Pág. 43 y ss.

teniente dirigidas a él, que le imponen tomar parte en la constitución o en el desarrollo de relaciones jurídicas que tienen lugar entre particulares, para producir dentro de tales relaciones efectos que por voluntad del legislador la sola voluntad de los particulares no podría producir (1).

Así como esta doctrina no ha prevalecido respecto a las sentencias constitutivas, tampoco ha despertado las necesarias adhesiones para subsistir en el campo de las determinativas (dispositivas, según nuestra denominación). Más rigurosas y progresivas que ella, se han formulado otras concepciones que ven en la actividad judicial dispositiva un signo más o menos marcado de naturaleza legislativa. Es de destacar la concepción de CARNELUTTI, de quien nosotros tomamos las ideas de disposición jurisdiccional y norma instrumental, aunque sin ceñirnos rigurosamente al sentido que las da. En las Lezioni, después de precisar que en el proceso dispositivo (una de las dos formas del constitutivo) el efecto constitutivo deriva de un mandato autónomo del Juez, emitido en virtud de un juicio de equidad, escribe que "el Juez, cuando compone según equidad un conflicto de intereses, actúa, respecto a éste, como legislador" (2). Esta sugerencia es desarrollada en el Sistema dentro de un planteamiento más riguroso. Para delimitar el concepto de proceso dispositivo, se apoya en su distinción entre normas materiales e instrumentales. Las primeras son aquellas que "componen inmediatamente un conflicto de intereses, imponiendo una obligación y atribuyendo eventualmente un derecho". Las segundas, aquellas que "lo componen mediatamen-

(1). Pág. 47.

(2). Lezioni, II, pág. 27.

te, atribuyendo un poder (de componerle) e imponiendo correlativamente una sujeción" (1). En consecuencia, estima que "cuando, por no existir una norma material, una norma instrumental consiente al Juez el poder de componer un conflicto de intereses, no se certifica un estado jurídico preexistente, sino que se forma ex novo un mandato concreto...." (2). "Aquí, por tanto -dice seguidamente-, el Juez no declara, sino que crea Derecho. No daña a esta afirmación la reflexión de que el Juez al pronunciar el - mandato autónomo en que consiste la sentencia dispositiva, no es libre, puesto que siempre ha de aplicar una regla; esto es evidente, pero no lo es menos que como tal regla vive en estado muerto en la conciencia de los ciudadanos, no es Derecho, porque éste no es sólo regla, sino mandato, y por ello se convierte en Derecho - únicamente cuando se le agrega el mandato en la sentencia del Juez".

RASELLI se opone a esta doctrina, así como a la similar de BETTI (según el cual, el Juez, cuando ejerce un poder discrecional, realiza una actividad legislativa, mediante la aplicación de una norma instrumental, pero al mismo tiempo cumple una actividad jurisdiccional, en cuanto aplica la norma por él formulada, para resolver el caso controvertido). En opinión de RASELLI, las sentencias determinativas tienen los caracteres propios de los actos jurisdiccionales. Jurisdiccional es la actividad judicial en ellas, puesto que contienen, como todas las demás, la certificación de - una preexistente norma jurídica sustancial para actuar la tutela de intereses querida por el Derecho (3). No es obstáculo a esta - concepción el hecho de que el contenido de la voluntad de ley que

(1). Stangor, I, núm. 19.

(2). Ibid., 40.

(3). Cfr. La sentencia determinativa, etc., pág. 613.

se ha de certificar autoritariamente no está plenamente determinado, puesto que la misma Ley indica el modo de completar ese contenido. De tal modo, que también en el caso de las normas que atribuyen un poder discrecional, los derechos y deberes de las partes se vinculan a la voluntad expresa de los Organos legislativos, por lo que no puede decirse que surja de la determinación de esa voluntad hecha por el Juez (1). La actividad del Juez en la sentencia determinativa consiste en completar una norma para certificarla, a diferencia de lo que ocurre en las constitutivas, cuya específica actividad ejecutiva presupone la existencia de una norma afirmada por el Juez. "Por razón de que existe una norma sustancial de derecho, por la cual es regulado el caso controvertido, no se puede aceptar la opinión de que las sentencias determinativas son constitutivas de la norma jurídica La sentencia constitutiva hace surgir derechos y deberes que antes no existían, a diferencia de la determinativa". El hecho de que la sentencia determinativa realice un complemento de la norma preexistente no significa que sea constitutiva de la misma, pues, si bien es cierto que aquella contiene algo más que una declaración de certeza, este algo "no es constitutivo, y precede, en vez de seguir a la certificación autoritaria de la existencia de la norma" (2).

Ante estas diferentes actitudes doctrinales, nosotros afirmamos categóricamente la naturaleza jurisdiccional de la actividad específica que el Juez realiza en la sentencia dispositiva. Demos las debidas razones de este aserto, contrastando nuestras

(1). Cfr. pág. 614.
(2). Ob. cit., pág. 617.

idées con los diversos conceptos expuestos por los autores que hemos citado.

Cada uno de estos autores hace observaciones aceptadas y útiles para la construcción de la teoría que a nuestro entender debe regir a propósito de las sentencias dispositivas; pero al par emiten juicios no suficientemente meditados, formulados con postura extremista u originados de una incompleta observación.

Así KISCH, al tiempo que, sin hacer el menor reparo a la naturaleza jurisdiccional de la sentencia en cuestión, nos proporciona la valiosa sugerencia de que en ella se realiza el complemento de un efecto jurídico imprecisamente dibujado por las normas jurídicas, consideraba la actividad judicial de fijación como un hecho que se añade al supuesto extraprocesal para definir plenamente la figura de la situación jurídica de que se trate. No oscilgamos con esta actitud mental, que se sitúa en la línea doctrinal que concibe el Proceso como un instrumento de realización del Derecho privado. Las modernas tendencias científicas del Derecho Procesal, defensoras de la plena autonomía de esta rama jurídica en razón de la específica función que regula, proyectan una visión que invierte justamente los términos. De esto ya hablábamos al tratar de la naturaleza de la sentencia constitutiva, y no es cuestión de repetir aquí aquellos mismos razonamientos. Reiteramos tan sólo que el Proceso tiene por misión ordenar la vida social mediante actos individuales de voluntad estatal, emitidos en virtud del planteamiento de concretas quejas sociales o pretensiones. Estas quejas sociales consisten necesariamente en la afirmación de un perjuicio producido por una infracción de normas jurídicas materiales plenamente definidas; y

Se no siempre es así. Otras veces, las dimensiones y aun la misma entidad de ellas no están rigurosamente prefiguradas por las normas jurídicas -aunque ello fuera sólo de una manera tácita, y no es lo normal-, por lo que también cabe entonces dentro de la función jurisdiccional la labor de definir en mayor o menor medida la figura de las mismas, mediante una construcción de la armonía u oposición jurídica afirmada en ellas, en el caso concreto litigioso. Pero dejemos ahora este punto, pues trataremos de él después. Lo importante aquí es hacer resaltar que el Juez, para emitir la decisión concretamente ordenadora que ha de actuar como voluntad estatal, se vale, de manera exclusiva o no, del contenido de las normas jurídicas preexistentes, y a través de este procedimiento pronuncia de forma indiscutible e inevitable -por la especial fuerza vinculante que es la cosa juzgada- lo que se puede y debe jurídicamente hacer o no hacer. No supone esto defender la moderna corriente doctrinal según la cual las normas sólo son verdaderamente Derecho cuando han sido declaradas en una sentencia, sino tan sólo afirmar la autonomía política (en el sentido amplio de esta palabra) de la función procesal, frente a la vieja concepción que únicamente ve en ella un sistema de medios al servicio del Derecho privado. Aunque el Juez se limite a declarar como derechos y deberes los que están estrictamente precisados en las normas precedentes, el acto de voluntad estatal que crea tiene un indiscutible valor independiente en cuanto la afirmación contenida en él fija un momento de certeza incontrastable, ante el cual ni cabe la inseguridad de la duda sobre la existencia de los derechos, ni respecto a los deberes queda otra alternativa que la de cumplirlos o la de sufrir el poder material del Estado por consecuencia de su incumplimiento.

Pero si el Juez no se limita a declarar estrictamente lo que ya existe, sino que introduce innovaciones en lo que declara, bien sea fijando su existencia o alguno de los elementos de su estructura -como es lo que hace en las sentencias dispositivas-, valiéndose de normas distintas de las positivas, el valor independiente de su función de ordenación concreta se evidencia de una manera más relevante.

También CALAMANDREI nos hace indicaciones provechosas (aparte de su genial distinción entre discrecionalidad relativa al supuesto de hecho y discrecionalidad acerca de la consecuencia jurídica). Su idea de que la discrecionalidad del Juez supone la exigencia de una norma directamente dirigida a él para la perfecta definición de las situaciones jurídicas de los particulares, es un primer paso para llegar a la doctrina completa de las normas -justiciales o instrumentales, indispensable para explicar las sentencias constitutivas y dispositivas. Lo que sucede es que CALAMANDREI no cae en la naturaleza verdadera de las disposiciones expresas del ordenamiento jurídico en las que aparece definido el margen de discrecionalidad dejado al Juez (materia a la cual pare se reducirse su observación). Habla de casos en que la Ley renuncia a querer (expresión que, dicho sea de paso, es una inadmisiblemente exageración de la doctrina sobre la voluntad de la Ley) y se remite al Juez para la definición de las situaciones jurídicas. Pero no ve la menor relación entre las indicadas disposiciones expresas que confieren el poder discrecional y las normas de tutela jurídica (que él llama procesales) ocultas tras las materiales. Estas normas de tutela, según el pensamiento del autor, se dirigen al Juez para que declare las concretas voluntades de ley que ya existen y tal como existen. Cumplida esta declaración, queda -

agotada la actividad jurisdiccional. Por tanto, lo que el Juez hace al completar discrecionalmente esas voluntades de ley es algo posterior a su declaración de certeza, y, consiguientemente, de naturaleza no jurisdiccional, sino administrativa o de jurisdicción voluntaria. De donde hay que inferir lógicamente que las normas que le otorgan ese margen de discrecionalidad tienen esta naturaleza administrativa.

Aquí se advierte la mayor deficiencia de su concepción. Partiendo de la admisibilidad de su teoría sobre la jurisdicción como mera actividad de declaración de certeza, lo que no se puede admitir es que la actividad determinativa del Juez sea algo posterior a esa declaración. El Juez actúa siempre en razón de una pretensión en que se afirma una oposición jurídica, y su función es la de remediar esta situación realizando una ordenación concreta mediante (por lo menos) la certificación impositiva de una situación jurídica entre las partes del proceso (hablamos, claro está, desde el punto de vista de la sentencia estimatoria). Pero el Juez, al confrontar los hechos comprobados en el proceso con las normas jurídicas, puede encontrarse en dos situaciones: que, por estar notamente definida la oposición jurídica en estas normas, su función consista meramente en ver si se da en el caso controvertido tal como la Ley la define; que, al contrario, por estar legalmente configurada de una manera imprecisa, haya él de contribuir discrecionalmente a construirla en el caso sometido a su decisión. Ahora bien: esa imprecisión de la configuración legal puede referirse, o bien a las condiciones de existencia de la oposición jurídica, o bien a las consecuencias de la misma. Veamos con más detalle estas varias hipótesis.

La primera de ellas se da cuando la Ley prevé suficiente-

nente las condiciones de existencia del derecho de acción procesal concreta y su objeto. Así sucede, por ejemplo, cuando, considerando propietario de una casa a quien la ha adquirido en virtud de un contrato de compraventa, concede la acción procesal reivindicatoria en el caso de que ese propietario sea injustificadamente privado de la casa. La norma instrumental que define esa acción, vincula su existencia a la realidad del derecho de propiedad y a la realidad de la privación injustificada. Por lo cual, el Juez, comprobada la certidumbre de la compraventa y su ejecución y la de la repetida privación, sólo tiene que aprehender intelectualmente la oposición jurídica para certificarla impositivamente (lo cual supone, como sabemos, certificar impositivamente el derecho de propiedad y la acción reivindicatoria). Si únicamente ocurre cuando la Ley otorga la acción de divorcio por causa de adulterio. Ante la pretensión que afirma éste hecho y pide la decisión constitutiva, el Juez, si en el proceso queda comprobada la existencia del matrimonio (y, por tanto, del deber de fidelidad) y el hecho del adulterio, no tiene más que apreciar la oposición jurídica como existe en el caso concreto para preannunciar el divorcio como consecuencia lógica de la certificación de la misma.

En ambos casos, el Juez actúa de una manera estrictamente reglada, pues encuentra netamente fijado el contenido concreto de su obligación funcional de decidir, en las normas instrumentales y materiales.

Distintamente ocurre cuando las condiciones de existencia de la oposición jurídica no están suficientemente precisadas en la Ley. Esto puede suceder por distintas razones. Una veces, por que, estando claramente formulada la norma jurídica material que establece un derecho o un deber, el supuesto de hecho de que hace

depender su constitución contiene algún concepto de apreciación empírica; en razón de lo cual, el Juez, al ser afirmado ante él el incumplimiento del deber o la lesión del derecho, como título de una acción procesal, necesita contribuir discrecionalmente, en alguna medida, a crear en el caso concreto la existencia de la situación jurídica material de que se trata, para apreciar la realidad de ese incumplimiento o lesión en que consiste la oposición jurídica definida por la correspondiente norma judicial. Lo cual equivale a decir que contribuye a crear -en su caso- la oposición jurídica en el concreto supuesto que juzga. Esto es lo que sucede, por ejemplo, cuando se pide una sentencia de condena por el incumplimiento del deber de indemnizar nacido de una conducta negligente, conforme a lo que, desde otro punto de vista, decíamos al considerar la misma hipótesis cuando estábamos la sustancia de la actividad judicial en la sentencia dispositiva.

Llamemos la atención, para comprender bien esta hipótesis - frente a las que vamos a ver ahora, sobre estos hechos: que las normas jurídicas definen formalmente en estos casos la oposición jurídica, aunque no precisen las condiciones para su existencia en cada caso; que el Juez fija la existencia (si estima que ha lugar a ello) de la misma en el caso concreto, tal como ha sido afirmada por el demandante; que lo hace acudiendo a nociones extrajurídicas (buena fe, buen padre de familias, negligencia, etc.), a cuya apreciación se restringe su discrecionalidad.

Otras veces, las normas instrumentales no precisan la entidad de la oposición jurídica, sino que se limitan a enunciar un concepto de equidad como título de la acción procesal que configuran. Esto es lo que ocurre en el caso del artículo 1707 del Código

go Civil, anteriormente citado, en el que se concede la acción disolutoria de la sociedad por un "justo motivo". Si un sujeto pretende la disolución de la sociedad amparándose en esta disposición de la Ley, el Juez, para concederle esta medida, tiene previamente que fijar la existencia de la oposición jurídica, tal como lo ha sido afirmada por el demandante (con lo cual fija la existencia del derecho de acción constitutiva; actividad en que consiste la disposición que realiza), y valiéndose de criterios racionales de justicia, usos sociales relativos a la vida de las sociedades, etc.

Por último, se da también algún caso excepcional en que las normas instrumentales dan al Juez un amplio poder para apreciar una especial desarmonía jurídica, que en ellas se prevé igualmente a través de nociones de equidad; pero con la particularidad de que la apreciación y fijación de tal desarmonía ha de tomar como sampo de referencia precisamente la conducta de un sujeto al pretender una cierta medida jurisdiccional mediante la afirmación de una oposición jurídica bien definida en la Ley. Para mayor facilidad de explicación, citamos el supuesto legal único que nosotros hemos observado. Se trata de la hipótesis prevista en el artículo 1124 del Código Civil, que concede la acción resolutoria de las obligaciones bilaterales. Se recordará que el párrafo tercero de este artículo, después de señalar la conducta judicial ordenadora que tendrá lugar normalmente (decretar la resolución que se reclama), establece la posibilidad de una alteración en esa medida jurisdiccional, en cuanto al Juez aprecie la existencia de "causas justificadas que le autoricen para señalar plazo".

Nos parece ver claro que la excepcionalidad de esta disposición estriba en que concede al Juez el poder discrecional de alterar la indicada medida jurisdiccional constitutiva en el supuesto de que exista derecho a ella, conforme a la rigurosa disposición

de la primera parte de la norma instrumental, es decir, por darse realmente la oposición jurídica en ella prevista: el incumplimiento de su obligación por una de las partes. Pues bien: al conferirse al Juez el poder discrecional de realizar esa alteración por razón de las causas justificativas que él observe, se le autoriza para apreciar una oposición jurídica distinta de la opuesta por el demandante, y remediarla mediante la modificación positiva (establecimiento del plano) de la situación jurídica material que el demandante quiere extinguir. Esta desconancia sólo puede consistir en un desajuste entre el rigor de la norma material que declara la obligación del demandado y la instrumental - que concede la acción resolutoria, de una parte, y de otra parte, las normas de la justicia o del Derecho Natural, contrarias a ese rigor en razón de las circunstancias especiales que rodean el incumplimiento de su obligación por el demandado (situación extrema de apuro económico, imposibilidad por enfermedad, etc.). Desconancia que se personifica en el demandante, en el caso concreto, por cuanto éste invoca el rigor de las normas positivas - que le amparan, pese a esas circunstancias del demandado. Lo cual justifica que el Juez, valiéndose del poder discrecional que la Ley le da, ponga remedio a esa especial oposición jurídica promulgando frente a este demandante (es decir, haciéndole objeto de una inspección jurisdiccional incongruente con su condición de tal demandante) la modificación de la situación jurídica material + (idea de inspección que apuntábamos de pasada al estudiar el mismo supuesto del artículo 1124 en lugar anterior), que para lo sucesivo queda certificada en su nueva estructura.

Esto supone una actuación jurisdiccional inquisitiva, que cumple su específica función tutelar al satisfacer la protección del demandante; satisfacción que, como dijimos anteriormente,

puede realizarse positivamente, mediante una constitución extintiva de futuro o negativamente, mediante su descontinuación. En ambos casos, hay una alteración en la medida jurisdiccional normal inicialmente prevista por la Ley (la constitución extintiva inmediata).

Contemplando este peculiarísimo supuesto, se observa la intervención de la equidad como criterio corrector de la rigidez de las normas legales y el indudable carácter jurisdiccional — (aunque con excepcional fiscomanía) de la actividad judicial que practica esa corrección.

Hemos examinados los casos en que el Juez, para realizar su función ordenadora, tiene que contribuir a crear la oposición jurídica fundamentadora de la acción procesal (acción procesal inquisitiva podría llamarse en el último supuesto que hemos estudiado), porque las normas la definen de una manera imprecisa. Pero dijimos que en otros casos es precisa una labor judicial de construcción de la misma, porque las normas, expresando claramente las condiciones de su existencia, no precisan sus dimensiones. Veamos dos casos en que esto sucede.

Cuando se pretende una condena al pago de alimentos debidos, por incumplimiento de la obligación de satisfacerlos, el Juez, comprobada la existencia del crédito y el hecho de la falta de pago, necesita, para delimitar la extensión de la medida jurisdiccional que ha de imponer, precisar antes las dimensiones de la oposición jurídica justificativa de la misma, toda vez que la norma instrumental implícita no lo hace, pues la norma sustantiva — (artículo 146 del Código Civil) se vale de conceptos expuestos — (condel e notions de quien debe los alimentos y necesidades de quien ha de recibirlos) para indicar el objeto de la situación jurídica de que se trata. El Juez, pues, al dictar la sentencia dig

positiva (condenatoria) está de manera claramente jurisdiccional, pues al fijar la cantidad de los alimentos, para certificar inequívocamente la obligación, ya completamente definida, de satisfacerlos, no hace sino precisar, en el caso concreto, la oposición jurídica que le fué afirmada como fundamento de la medida tutelar que se le pide.

La norma del artículo 1134 del Código Civil nos presenta una hipótesis muy peculiar. Ya vimos anteriormente que podía verse en ella una norma otorgadora de una acción constitutiva a favor del deudor de la pena convencional, para el caso de que, habiendo éste cumplido parcial e irregularmente la obligación principal, el acreedor le exigiese el pago de la totalidad de la pena; y también la parte expresa de una norma instrumental que, concediendo una acción condenatoria para el caso de incumplimiento de la pena, dispone una eventual alteración de la normal medida jurisdiccional condenatoria en el supuesto de que hubiese tenido lugar ese cumplimiento parcial o irregular. Lo que ahora nos interesa poner de manifiesto es que, siendo en ambas hipótesis dispositiva la sentencia, el Juez, al fijar el objeto de la acción constitutiva del deudor (extensión de la reducción) o el objeto del derecho material del acreedor y de la acción condenatoria ejercitada por él (extensión de la condena), como presupuesto lógico de la certificación inequívoca, realiza una actividad jurisdiccional, pues lo que hace es precisar las dimensiones indeterminadas en la norma de la oposición jurídica sobre la cual ha de actuar su función jurisdiccional ordenadora.

Pero es de notar, como dato singular, en el supuesto de sentencia dispositiva condenatoria, que la actividad jurisdiccional del Juez ofrece dos aspectos diferentes, pero conjugados en un

mismo acto, en modo semejante al del caso antes estudiado del saneamiento de plano en virtud del artículo 1124. En efectos al fijar la sentencia la cuantía reducida del crédito sobre el cual va a condenar, hace una determinación de las dimensiones del incumplimiento que el demandante alega como título de su pretensión, - pero al mismo tiempo delimita también la importancia de otra oposición jurídica que la ley también prevé la que supone la condena de ese acreedor demandante al pretender cobrar el crédito personal completo pese al cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal. Como se ve, son dos aspectos correlativos de un mismo fenómeno, pero que permiten ver una duplicidad de sentidos en la labor jurisdiccional del Juez. De una parte, se impone al demandado, en razón de su incumplimiento, la certeza de un crédito, en razón del cual se le condena; de otra parte, y a través de esa misma certificación, precedente a la condena, se le impone al demandante, a causa de la pugna entre sus exigencias y la equidad, la ineludible modificación de su crédito penal. Imposición - que, igual que en el caso del artículo 1124, es incongruente con la posición de ese demandante como tal. La fuerza excitante de la misma puede ser la simple imperatividad de la norma del artículo 1124, que ofrece otra excepcional manifestación del principio inquisitivo en el proceso civil ("El Juez modificará...") y también una petición del demandado, que no necesita revestir el carácter formal de una reconvencción. Nos remitimos sobre este último punto a lo expuesto al estudiar la reducción de la obligación penal dentro del marco de las sentencias constitutivas modificativas.

Régimen jurisdiccional similar al que acabamos de ver y al del artículo 1124, es el que establece el artículo 1125 del Código Civil, ya examinado también, en virtud del cual cabe la penali-

lidad de una actividad jurisdiccional bifacial, mediante una condena de futuro o una desestimación de condena, en virtud de una certificación que impone al propio demandante la modificación del crédito que intentó hacer efectivo inmediatamente, a pesar de las circunstancias en que se constituyó el mismo, indicativas de que se quiso conceder un plazo al deudor.

A través de estas minuciosas especulaciones, un tanto fatigosas, pero a nuestro juicio imprescindibles, creemos haber mostrado suficientemente que la actividad judicial específica en las sentencias dispositivas es de naturaleza jurisdiccional, en el sentido de que el Juez realiza con ella una labor de ordenación social sobre situaciones de oposición o desconformia jurídica, aunque éstas no las sean dadas siempre de una manera indubitada o completa y él tenga que contribuir a construir las en el caso concreto; labor de ordenación que lleva a cabo partiendo siempre de una pretensión procesal (aunque ésta pueda eventualmente derivar en una imposición contra el propio pretendiente), y que se concreta técnicamente en una declaración de certeza de situaciones jurídicas tal como el propio Juez las ha configurado para el caso concreto en su acto impositivo.

Queda con esto superada la doctrina de CALAMANDREI, que, restringiendo el concepto de jurisdicción a la idea de certificación de situaciones jurídicas (voluntades concretas de ley, según la terminología de este autor) tal como existe con anterioridad al proceso, asigna naturaleza administrativa a la labor judicial de fijación eventual de las mismas, entendida como una actividad subsiguiente a aquella certificación. Para nosotros, esa fijación es un presupuesto lógico de la certificación impositiva con que los Organos jurisdiccionales, ante una situación de oposición jurídica

en, cumplen su función de ordenación social en los casos concretos.

Pero, aun admitida la realidad de esta labor ordenadora sobre el derecho jurídico, cabe plantearse la cuestión de si la actividad fijativa de situaciones jurídicas que el Juez desempeña no presenta un carácter que permita calificarla como legislativa. En vista de que GARMANDEI, partiendo de sus personales premisas sobre las normas como mandatos generales y concretos, ostenta una opinión favorable a ese carácter legislativo. Nosotros, reconociendo que, desde el punto de vista de esa doctrina general del prestigioso jurista, tiene sentido hablar de naturaleza legislativa en las sentencias dispositivas, preferimos mantener un concepto más restringido de legislación y reconocer estricta naturaleza jurisdiccional a la actividad específica de esas sentencias.

Legislar es, según la doctrina más clásica, dictar actos de carácter de voluntad estatal (decisiones prescriptivas y atributivas) de carácter general y abstracto. Cuando en un caso particular se da el supuesto de hecho abstracto que las leyes prevén, se produce una concreción de esa voluntad abstracta de las mismas, pero no propiamente un acto concreto de voluntad del Estado. Un acto de esta clase se da, por ejemplo, cuando, en el orden de la actividad administrativa, un Órgano del Estado, actuando como tal, dicta una prescripción o atribuye la posibilidad de una forma de conducta ante una determinada situación de hecho individualizada. En el orden de la jurisdicción, un acto concreto de voluntad estatal se da en sentido riguroso cuando el Juez, ante la situación concreta de hecho tal como le es mostrada por las partes, y ante las normas jurídicas generales cuya voluntad de particularización en este caso, dice de una manera indubitante cuál es la voluntad que

total respecto a esas partes en relación con el tema controvertido. Para ello toma normalmente como material aquella particularización de la voluntad abstracta expresada en las normas; pero da a dicha particularización la calidad formal de una real voluntad concreta del Estado, de carácter indiscutible. Ahora bien: si en algunos casos no se limita a tomar ese material de las normas abstractas, sino que realiza, en mayor o menor medida, una creación del contenido del acto concreto de voluntad es total que dicta, para dar la debida solución a la discrepancia jurídica con que se ha encontrado, completando con ello aquella particularización de la voluntad de las normas generales, de que siempre se sirve, no significa ello que realice así una actividad legislativa, pues ésta supone por concepto una emisión de voluntades normativas de amplitud general. El Juez dice siempre en el proceso lo que es derecho entre las partes, aunque algunas veces contribuya a crear, ante el hecho concreto, lo que él mismo dice. Es cierto que eso, en este especial sentido, lo que dice CARNELUTTI de que el Juez crea derecho en la sentencia dispositiva; pero ni esta creación supone legislar, ni la realidad de la misma permite negar que el Juez declare ese mismo derecho que crea, como hace también CARNELUTTI.

Y como decir que el Juez crea derecho en el caso concreto es tanto como decir que define situaciones jurídicas, contribuyendo con un cierto margen de discrecionalidad a fijarlas para certificarlas, no hacemos sino afirmar desde otro punto de vista la misma doctrina que venimos defendiendo.

RASILLI, a quien debemos tan valiosas sugerencias, advierte plenamente cuando sostiene el carácter jurisdiccional de la sentencia dispositiva (determinativa, en su nomenclatura) por consi-

te en ella se realiza una certificación impositiva (affirmatio-
ne autoritativa) precedida de una actividad complementaria de -
alguno preexistente. Pero incurre en vaguedad de ideas y en inseg-
uridad de conclusiones cuando, en su intención de contrarrestar
la teoría que asigna naturaleza legislativa a nuestra sentencia,
afirma que el objeto de la certificación es una preexistente -
norma jurídica sustancial, y la actividad adicional precedente
de la sentencia un complemento de esa norma, que no puede ser -
considerado como constitución de la misma. No es preciso esfer-
marse mucho para advertir que RASELLI no demuestra aquí tener -
claras nociones sobre el objeto de la certificación jurisdiccio-
nal, ni sobre el valor autónomo del acto de voluntad estatal -
que el Juez realiza, con lo que descuida el hecho real de que -
el Juez en la sentencia dispositiva realiza una actividad de -
creación del derecho del caso concreto, mediante la definitiva
fijación de la situación jurídica cuya certificación impositiva
remediará la oposición u oposiciones jurídicas cuya existencia
fue puesta de manifiesto en el proceso a consecuencia de la in-
terposición de una pretensión.

3. Realizado ya el estudio del ser y la naturaleza jurídi-
ca de la actividad propia de la sentencia dispositiva, debemos
ahora, para concluir la explicación de dicha actividad, insis-
tir sobre la posibilidad de manifestación de la misma en los -
tres tipos de sentencia que nosotros distinguimos por razón de
la imposición declarativa que se opera en cada uno, y añadir al-
gunos casos legales a los examinados en el curso de la exposi-
ción doctrinal.

Entre los casos citados y analizados ya, hemos visto claras
manifestaciones de la disposición jurisdiccional como precedente
de imposiciones condenatorias y constitutivas. También hemos cog

templado posibilidades de decisiones dispositivas en sentencias desestimatorias, y, por tanto, certificativas de la inexistencia del derecho de acción alegado por el pretendiente; pero no hemos citado ningún caso en que la disposición sea precedente - lógico de una decisión estimatoria cuya función tutelar se agota con la certificación.

Pero hay realmente casos en que baste para el remedio - de la oposición jurídica afirmada la emisión de una declaración impositiva de certeza relativa a una situación jurídico-material preexistente, esta declaración requiere una actividad jurisdiccional de fijación de su objeto. Así, si en el supuesto del artículo 394 del Código Civil (derecho de cada uno de los coparticipes a usar la cosa común) surge controversia entre los distintos sujetos por razón de intentar uno de ellos usar la cosa de un modo que los demás estiman no conforme a su destino, motivo de un perjuicio a la comunidad o impeditivo del uso a que también ellos tienen derecho, el primer sujeto podrá obtener una sentencia que certifique, sin más, el objeto de su derecho, previa fijación - del mismo, en virtud de una apreciación discrecional de los conceptos empíricos que la Ley señala. Otro caso interesante presenta el artículo 1167 del propio Código. Si, en el caso de la obligación de entregar una cosa indeterminada o genérica, el acreedor no está conforme con la cosa que el deudor pretende entregarle o éste se opone a dar la que aquél pretende recibir, podrán acudir al Juez, afirmando la oposición jurídica que les parece - existe en la conducta de la otra parte, y obtener, si ha lugar, la fijación exacta del objeto del derecho o de la obligación. El Juez hará la fijación atendiendo al criterio que la Ley le da - (cosa de calidad intermedia). Véase también en el caso del ar

tículo 149, y en la jurisprudencia que lo completa, estableciendo de la posibilidad de que el Juez cumpla discrecionalmente la opción que la norma legal concede en cuanto a la forma de satisfacer - la deuda alimenticia (1). Otros casos de sentencias dispositivas certificativas nos sugieren los artículos 1776 (potestad del depositario para desprenderse de la cosa en ciertos casos), 375, (legado de cosa genérica) y 529 (extinción del derecho de uso o habitación por abuso grave de la cosa).

Las sentencias constitutivas dispositivas fijan la existencia o el objeto del derecho de acción que agotan con la constitución o introducen una alteración en su normal eficiencia (resolución de futuro, según el ejemplo que hemos puesto). Además de los casos recogidos en la exposición, nos remitimos a todos los supuestos de sentencia constitutiva en que, al estudiar los efectos de ésta, encontramos una intervención del principio de equidad. Recordemos de una manera particular la sentencia estrictamente constitutiva de establecimiento de servidumbre de paso, en la cual el Juez, para efectuar la constitución, tiene previamente que fijar el objeto del derecho constitutivo (paso por un determinado lugar), atendiendo a los criterios que la Ley prescribe (mínimo perjuicio del fundo sirviente, mínima distancia al camino público, anchura suficiente para las necesidades del fundo dominante) (artículos 564 y ss.).

Respecto a la hipótesis de sentencias condenatorias dispositivas, hemos analizado ya los casos doctrinalmente más importantes: determinación de la cantidad de los alimentos debidos (artículo 146, en relación con los precedentes), condena al pago de la pena convencional reducida (artículo 1154), condena con señalamiento de plazo (artículo 1128). Pero hay aún otros interesan-

(1). V., p.e., Sentencias de 23-IV-1934 y 24-VI-1946.

tes, de los cuales vamos a examinar dos aquí: condena al pago de una indemnización para compensar el daño ocasionado con una conducta dolosa o negligente, y condena al pago de las costas procesales por razón de temeridad o mala fe.

Conforme a la clásica distinción entre culpa contractual y culpa extracontractual o aquiliana, nuestro Código Civil regula en dos lugares diferentes el crédito de indemnización por daños y perjuicios. En cualquiera de esas dos hipótesis -y de modo especial en relación con la primera- el régimen legal de las situaciones jurídicas nacidas de un acto antijurídico presenta figuras que dan frecuentemente lugar a sentencias condenatorias -dispositivas.

La situación jurídica sustantiva es definida por el artículo 1101 en el caso de culpa contractual, condicionando el nacimiento de aquella al acaecimiento de una conducta dolosa, negligente o morosa en el cumplimiento de una obligación, o contraria al tenor de ésta de algún otro modo. Pero, en relación con la negligencia, la Ley no se limita a citarla sin más como causa, sino que la define genéricamente y da criterios para su apreciación en el caso concreto. En el artículo 1104 se dice que la negligencia consiste "en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar". Mirando a los casos particulares, se dice en el segundo párrafo del mismo artículo que "cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familias".

De conformidad con esos dos párrafos del artículo, al interponerse una pretensión de condena para hacer efectiva la reg

ponsabilidad por negligencia, el Juez tendrá que fijar la existencia del deber de indemnizar, como presupuesto lógico de la certificación del mismo, implícita en la condena, apreciando discrecionalmente los criterios que la Ley le da.

Pero no es esto sólo, sino que también el artículo 1103 confiere expresamente a los Tribunales un poder discrecional autorizándoles para moderar la responsabilidad por negligencia. El ejercicio de este poder discrecional, en su caso, supondrá, pues, una fijación del objeto del crédito de indemnización, que podrá incluso ir combinada con la fijación de su existencia, de que hemos hablado antes.

Dentro del tema de la culpa extracontractual o aquiliana, interesa especialmente a nuestro objeto el problema de los daños morales, pues cuando se trata de perjuicios materiales, aunque en la determinación de la cuantía de los mismos haya de intervenir el Juez, bien sea en la sentencia (artículo 360 de la LEC.) o en la resolución del incidente suscitado en la fase ejecutiva (artículo 942 de la misma Ley), su actividad de fijación utilizará criterios económicos, de carácter fundamentalmente matemático, que excluyen prácticamente la idea de decisión discrecional. Como cuando se trata de un daño moral esos criterios matemáticos son inaplicables, la fijación de la calidad y -en caso de compensación económica, que es lo más frecuente- la cantidad de la indemnización tienen que quedar firmemente al equitativo criterio del juzgador. Nuestra jurisprudencia así lo establece claramente. Habiéndose decidido por acoger bajo la norma del artículo 1902 del Código Civil los daños de carácter moral, en una amplia serie de Sentencias que arranca de la fundamental de 6-XII-1912, nuestro Tribunal Supremo ha declarado en diversas ocasiones que la valoración de los daños no patrimoniales, como son las ofensas al ho-

mor e la vida, corresponde hacerla al juzgador, prudencialmente, según las circunstancias de cada caso y conforme a las exigencias de la equidad.(1). En estos casos, pues, la sentencia será dispositiva, en cuanto el Juez fijará en ella el objeto del crédito compensatorio, no sólo en su cantidad, sino a veces también en su naturaleza específica (así en los especialísimos casos de condena a realizar una conducta máximamente reparadora: retractación pública de una injuria, por ejemplo).

Hablemos por último de la condena en costas conforme al régimen general de nuestro Derecho.

Ante la falta de un régimen legal expreso de carácter general en nuestro Derecho positivo sobre la imposición de la responsabilidad de una parte procesal por los gastos que para la otra - haya supuesto el proceso, a la jurisprudencia del Tribunal Supremo lo construye valiéndose del mismo artículo 1902 del Código Civil, que declara la obligación de indemnizar los daños causados - por culpa o negligencia. Para ello define el concepto de temeridad o mala fe como signo específico de la conducta antijurídica - que origina la obligación de reembolsar esos gastos. Con la particularidad de que se deja al libre criterio de los Tribunales, de manera expresa, la apreciación de la existencia de dicha forma de conducta antijurídica. Es fundamental para estos aspectos la Sentencia de 26-V-1943, en la que se declara que el criterio que informa nuestra LEC. en materia de imposición de costas se inspira en la libre apreciación por los Tribunales de la existencia de temeridad, salvo en los supuestos de excepción taxativamente determinados en la misma Ley.

(1). V. especialmente Sentencias de 2-II-1940 y 24-V-1947.

Este régimen jurídico permite, por tanto, el pronunciamiento de una decisión dispositiva (necesaria, naturalmente, de la que pene fin al litigio suscitado por una pretensión de cualquier tipo) en la que el Juez actúa con el peculiar poder discrecional que supone la apreciación libre de una circunstancia tal como la temeridad de una conducta procesal, cuya exacta estimación sólo puede ser hecha perfectamente por el Juez, por caer de lleno dentro del ámbito de su propia actividad funcional. Disposición jurisdiccional que consiste en la fijación de la existencia del crédito de costas, que el Juez realiza para imponer la condena en la cantidad que el litigante acreedor acredite como importe de los gastos que le ha significado el proceso. Con el dato particular, además, de que para realizarla no es precisa una petición previa de parte, pues la discrecionalidad judicial alcanza hasta el extremo de plantearse libremente la cuestión de si ha lugar a realizar una expresa imposición de costas en esos casos en que la ley no dispone que deba sufrirla un determinado sujeto entre las dos partes.

EFFECTOS ESPECÍFICOS DE LA SENTENCIA CONSTITUTIVA

Lo consignado en la exposición que precede basta para comprender en qué consiste el efecto jurídico-material peculiar de la sentencia dispositiva. La específica actividad en ella cumplida produce, o bien la plena configuración de una situación jurídica (normalmente una relación jurídica sustantiva, aunque a veces consiste en la relación jurídica de acción procesal) en su existencia o estructura ideológica de imprecisión con anterioridad, o bien la modificación de la estructura de la misma (re-

ducción del objeto, aplazamiento de las actividades) por exigencias de justicia en el caso concreto. En todo caso, cada una de estas dos posibilidades de eficacia (que pueden ser alejadas sin dificultad en los marcos conceptuales de la constitución estricta y la modificación, aunque la primera no suponga una innovación absoluta, como en las sentencias constitutivas, sino sólo complementaria) forma una unidad temporal con la imposición de certeza que la sentencia en todo caso produce, siendo presupuesto lógico de la misma. La sentencia produce la imposición de certeza de la situación jurídica que definitivamente fija, bien para cerrar — con este efecto la tutela jurídica pedida, bien para imponer con denotativamente la misma situación jurídica definida, o bien para agotarla mediante la producción de un efecto subsecuente de — constitución procesal sustancial.

Es nota comúnmente admitida del efecto jurídico-material propio de la sentencia dispositiva, que se produce temporalmente ex tunc, es decir, retroactivamente respecto al momento en que se — dieron las condiciones de nacimiento de la situación jurídica que la sentencia fija definitivamente y certifica de modo impositivo. Como dice KISCH, desde su plano de visión reducido a las sentencias que fijan la cuantía de una prestación, la obligación debe ser tratada como si desde el primer momento hubiera existido en la cuantía fijada por el Juez (1). Pero aun ampliando la perspectiva a todo el campo de la disposición jurisdiccional, se advierte sin lugar a duda que, por razones conceptuales, esta forma típica de decisión extiende su eficacia fijativa en todo caso hasta ese momento indicio del primer supuesto de hecho constituti-

(1). Rechtsprechung des Reichsgerichts, pág. 114.

vo. Cuando el Juez fija la existencia de la situación jurídica, su fijación se refiere a ésta en cuanto proyectada por la Ley - desde el momento en que se dió un determinado hecho extraprocésal. El Juez no sólo fija la existencia de la situación jurídica en un momento del proceso, sino en el tiempo anterior a éste, desde que se dió el hecho indicado. Más significativamente aún, en los casos de determinación del objeto de la situación jurídica, el Juez fija igualmente la estructura de ésta, desde el momento en que nació. Claro, que esto no significa que pueda hacer desaparecer el hecho ya sucedido de la indeterminación en que anteriormente se encontró. La eficacia retroactiva viene a significar aquí sustancialmente lo mismo que en las sentencias constitutivas: un influjo de la decisión jurisdiccional sobre relaciones jurídicas conectadas, antes del proceso, con la que en éste se fija, consistente en la determinación de unas consecuencias para el futuro idénticas a las que se hubieran producido claramente, sin necesidad de la sentencia, si la situación jurídica que ésta certifica hubiera tenido plenamente definida su estructura. Otro tanto vale para cuando la fijación consiste en la modificación - de un elemento de la situación jurídica certificada. Piénsese, - con la debida referencia a una u otra hipótesis, en la fijación de la cuantía de los intereses debidos por la mora en el pago de la deuda de alimentos; en la eliminación del deber de indemnizar daños y perjuicios, en principio nacido en el momento del incumplimiento de la obligación, cuando el Juez, en vez de resolver - la situación jurídica, señala un plazo, etc. etc. Claro está, que sólo en algunas ocasiones tendrá valor práctico esa eficacia retroactiva. ¿Qué trascendencia práctica tiene, por ejemplo, que - el Juez declare que el actor en un proceso de incapacidad por

sentenciada ha tenido derecho a que se produzca esa inoponibilidad en una precisa magnitud, desde el momento en que surgió para él el derecho de acción procesal?

En cuanto a la cosa juzgada en las sentencias dispositivas, se comprende que si esa eficacia jurídico-procesal consiste siempre en la inmutabilidad de la certificación impositiva de una situación jurídica que toda sentencia produce, cuando la certificación se realiza sobre una situación jurídica que la propia sentencia fija, la inmutabilidad de la imposición supone la imposibilidad de discutir de nuevo con éxito sobre la repetida situación, - tal como ha sido definitivamente fijada. Como dice RASKELLI acertadamente -aunque haya que hacer en sus términos las convenientes correcciones, de acuerdo con nuestros conceptos-, "también en las sentencias determinativas se produce la indiscutibilidad de la voluntad de ley certificada (~~attestata~~) por el Juez, en relación al estado de hecho existente en el momento de la demanda. Solo hay de particular que en las decisiones sobre relaciones con desenvolvimiento continuado, un cambio en el estado de hecho hace posible la revisión de la sentencia".(1). Respecto a este último dato, debe advertirse que no se trata en realidad, en la hipótesis que indica RASKELLI, de una excepción a la extensión normalmente indefinida de la cosa juzgada de toda sentencia (salvo, siempre, el proceso de revisión propiamente dicho), sino de un fenómeno de cosa juzgada relativa, es decir, referida a la situación jurídica certificada sólo en cuanto fundada en unas determinadas condiciones de hecho; cuyo cambio, haciendo posible una alteración de dicha situación, no provocaría de ningún modo una vulneración de esa in

(1). La sentencia determinativa, etc. pág. 616, nota 1.

definida inmutabilidad de la imposición certificativa. Así, si, con arreglo a la norma del artículo 147 del Código Civil ha lugar a un aumento o disminución de los alimentos en razón de los cambios experimentados por las necesidades del alimentista o la fortuna del alimentante, y se plantea cuestión procesal sobre el particular, la sentencia constitutiva que efectúe la modificación no significará una oposición a la cosa juzgada de la sentencia dispositiva que fijó inicialmente los alimentos, pues en aquella no se contradirá de ningún modo que, al tiempo de dicha sentencia dispositiva, la relación jurídica alimenticia existió tal como, en razón de las circunstancias concretas del momento, fué certificada.

CONCLUSIONES FUNDAMENTALES OBTENIDAS EN ESTE TRABAJO

1.- La constitución jurídica procesal es una manifestación específica de la constitución jurídica en general, entendida como la triple manifestación fenoménica relativa a la vida de las situaciones jurídicas: creación, modificación y extinción de estas situaciones. Pero mientras la constitución jurídica normal es el efecto de la particularización de la voluntad abstracta del Estado contenida en las normas jurídicas, la constitución procesal es el efecto directo del acto concreto de voluntad contenido en ciertas sentencias.

2.- El concepto de la constitución procesal está delimitado por estas dos ideas:

-Es un efecto particular de la función procesal declarativa.

-Este efecto tiene carácter directo, en cuanto actúa por sí mismo como pedio para la satisfacción positiva de una pretensión.

3.- La constitución jurídica procesal se proyecta en dos vertientes jurisdiccionales, que reciben los nombres de constitución procesal sustancial y constitución procesal accidental. La primera modalidad corresponde al concepto de la sentencia constitutiva y la segunda al de la sentencia dispositiva.

4.- La sentencia constitutiva es una de las tres formas particulares de la función procesal declarativa (sentencia declarativa, sentencia condenatoria y sentencia constitutiva), diferenciada-

das según el modo en que respectivamente cumplan el fin de la institución procesal: la ordenación social, a través del concimiento y la solución de situaciones de oposición jurídica - (desarmonía entre un hecho y una voluntad normativa), con que se satisfacen las pretensiones en que dichas situaciones de oposición son afirmadas.

3.- Como cada uno de los otros dos tipos de sentencia, comporta fundamentalmente la constitutiva un acto concreto de voluntad estatal, al que se reconoce naturaleza de decisión impositiva, consistiendo su imposición específica en producir la sujeción de la voluntad de un sujeto a la creación, la modificación o la extinción de una situación jurídica material que le afecta.

4.- A través de su especial imposición, la sentencia constitutiva tutela de manera inmediata un interés privado, pudiendo asumir para ello estas tres posibilidades funcionales:

-Producir el efecto constitutivo sustituyendo unas condiciones del demandado, por haber incumplido éste la obligación, impuesta por una norma jurídica sustantiva, de prestar una cierta actividad al objeto de originar dicho efecto. Cuando se da esta hipótesis, la sentencia recibe la denominación secundaria de constitutiva sustitutiva.

-Realizar un efecto constitutivo que las partes pedían haber obtenido mediante un acto privado de voluntad negocial, con que no estaban ligadas en tal sentido por una relación jurídica-material de derecho y deber. En este supuesto, la sentencia constitutiva merece la calificación de alternativa.

-Implantar un fenómeno de constitución jurisdiccional para cuya consecución no existe otro medio que una decisión procesal. Esta posibilidad es recogida con el concepto de sentencia constitutiva necesaria.

7.- El requisito procesal de la actuación litisconsorcial necesaria tiene un singular relieve en el campo de las sentencias constitutivas, acusando su presencia en todos aquellos casos en que el efecto innovativo de la sentencia hubiere de alcanzar directamente a una pluralidad de sujetos, desde el punto de vista de cualquiera de las dos posiciones procesales contrapuestas.

8.- El pronunciamiento de la decisión constitutiva supone siempre la actuación de un derecho constitutivo detentado por el actor triunfante. Tal derecho puede tener dos naturalezas: jurídico-material y jurídico-procesal. La primera figura aparece en los supuestos de sentencia constitutiva sustitutiva. En ellos, sobre la base de ese derecho material insatisfecho, se superestructura un derecho de acción procesal constitutiva, viniendo la sentencia a satisfacerlos conjuntamente. En cambio, en los casos de sentencia constitutiva alternativa o necesaria, el actor no ve actuado más que un derecho de acción procesal, con el que las normas tendían a tutelarle jurisdiccionalmente, de una forma inmediata, un determinado interés.

Este derecho de acción procesal constitutiva es configurado técnicamente (aplicando una doctrina general que alcanza igualmente a la acción declarativa y la condenatoria) en dos momentos: momento ^{pro}procesal, en el cual posee naturaleza de derecho potestativo, concedido por normas de Derecho intermedio (normas justificadas o instrumentales); momento procesal, en el que posee naturaleza

sa de derecho de prestación, derivando de las normas jurídicas procesales, desde el instante en que el derecho potestativo es ejercitado con la interposición de la pretensión.

9.- El acto de voluntad de la sentencia constitutiva consta de dos aspectos: El primero, normalmente implícito, consiste en una declaración impositiva de certeza (certificación impositiva) sobre la existencia de un derecho constitutivo a favor del actor. El segundo aspecto estriba en la expresa declaración impositiva por la que se produce el efecto constitutivo.

10.- Este acto estatal constitutivo es de indudable naturaleza jurisdiccional, y ha de ser situado conceptualmente dentro del ámbito teórico de la función procesal declarativa. Hay que desdeniar, por tanto, las interpretaciones doctrinales que le asignan naturaleza administrativa o que, dentro de la jurisdicción, le adscriben al campo de la ejecución.

11.- En la producción de los efectos característicos de las sentencias constitutivas intervienen, con diversas posibilidades de concreción, según los casos particulares, los dos principios rectores de la función jurisdiccional del Estado: legalidad y equidad.

12.- El efecto jurídico-material de la sentencia constitutiva se proyecta unas veces sólo hacia el futuro (sentencias con eficacia ex nunc) y en otras ocasiones también de forma retroactiva (sentencias con eficacia ex tunc).

13.- La sentencia constitutiva gana de la fuerza de cosa juzgada material, por cuanto produce una inmutable imposición de certeza acerca de la existencia del derecho constitutivo que actúa. Esta calidad se refiere estrictamente al primer aspecto del acto

de voluntad que contiene.

14.- La sentencia constitutiva actúa como medio de prueba en relación con la existencia, la nueva ficción o la inexistencia de la situación jurídica que crea, modifica o extingue, respectivamente.

15.- Este tipo de sentencia tiene plena vigencia en el Derecho español, aunque no se contenga en él ninguna norma que admita su posibilidad de una manera general, por cuanto ofrece, a través de múltiples normas contemplativas de supuestos concretos, las condiciones necesarias para la eventualidad de su pronunciamiento, en las tres modalidades de creación, modificación y extinción de una situación jurídica material.

16.- El concepto de la sentencia dispositiva no supone una categoría jurisdiccional científicamente situada en el mismo plano de la habitual clasificación tripartita de las sentencias en razón de la forma en que cumplen su misión tutelar, sino que representa una cualificación secundaria dentro de cada uno de esos tres tipos de decisión, expresiva de una cierta y eventual particularidad dentro del cumplimiento de su función esencial.

17.- El dato definitorio de la condición dispositiva de una sentencia consiste en el hecho de que en ella se realiza, mediante el ejercicio de un cierto margen de poder discrecional, la plena fijación del objeto de la impositiva declaración de certeza que ha de hacerse (como medio para el agotamiento de la tutela jurisdiccional pedida -en el caso de sentencia meramente declarativa- o como base de una imposición condenatoria o constitutiva sustancial).

Son, pues, puntos esenciales en el concepto de la sentencia

dispositiva estos dos: fijación definitiva del objeto de la declaración impositiva de certeza de la sentencia, y el ejercicio de un margen mayor o menor de discrecionalidad por parte del Juez.

18.- El primero de esos dos puntos conceptuales revela que la constitución procesal accidental (disposición) se diferencia de la sustancial en que mientras ésta es consecuencia lógica de la declaración de certeza sobre la existencia del derecho constitutivo, - aquélla es presupuesto lógico de la declaración de certeza de ciertas sentencias.

19.- La fijación que la sentencia dispositiva realiza puede referirse a la existencia de una situación jurídica o derecho subjetivo material o procesal, a la determinación de alguno de sus - elementos o a su definitiva estructura.

20.- El segundo punto esencial en el concepto de la sentencia dispositiva pasa de relieve que hay disposición jurisdiccional (o constitución procesal accidental) siempre que la decisión judicial declarativa esté regida en alguna magnitud por el principio de equidad.

21.- La actividad peculiar de la sentencia dispositiva es de naturaleza jurisdiccional, y no administrativa ni legislativa.

RELACION DE BIBLIOGRAFIA UTILIZADA

ARISTOTELES: Moral a Nicómaco

CALAMANDREI: Estudios sobre el proceso civil. Traduc. SENTIS MELENDO, Buenos Aires, 1945, vol. I. Los estudios consultados han sido los siguientes: Límites entre jurisdicción y administración; Líneas fundamentales del proceso civil inquisitorio; Génesis lógica de la sentencia civil; La condena; La sentencia como acto de ejecución forzosa.

CALVILLO MARTINEZ: Promesa bilateral de comprar y vender. En la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, nº 198, 1951.

CARNELUTTI: Lezioni di Diritto Processuale Civile, 1930, tomos I y II.

-Sistema de Derecho Procesal Civil. Traduc. ALCALA-ZAMORA y SENTIS MELENDO, 1944, tomo I.

CASTAN TOBEÑAS: Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo I, 1949; tomo III, 1951; tomo IV, 1952 y 1956; tomo V, vol. I, 1954; tomo IV de la 5ª edic., 1942.

CASTRO (F. De): La promesa de contrato. En el tomo III del Anuario de Derecho Civil, 1950.

CRISTOFOLINI: Efficacia della sentenza nel tempo. En la Rivista di Diritto Processuale Civile, 1935, I.

CHIOVENDA: Principios de Derecho Procesal Civil. Traduc. esp., Madrid, 1922.

-Instituciones de Derecho Procesal Civil. Traduc. esp., Madrid, 1948.

-Ensayos de Derecho Procesal Civil. Traduc. SENTIS, Buenos Aires, 1949. Tomo I: La acción en el sistema de los derechos;

La acción nacida del contrato preliminar; Tomo III: El litiscon-
gocio necesario.

DOELLE: Die sachliche Rechtskraft der Gestaltungsurteile. En
Zeitschrift für Deutsches Zivilprozess, 1941.

GOLDSCHMIDT (J.): Derecho Procesal Civil. Traduc. PRIETO-CAS-
TRO, 1936.

GUASP: Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, I, 1948.
-Derecho Procesal Civil, 1957.

HELLWIG: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts. Leipzig,
1903, tomo I.

INVREA: La sentenza di condanna. En la Riv. Dir. Proc. Civ.,
1935, I.

FIPP: Derecho de Sucesiones. Traduc. esp. con notas de ROCA
SASTRE, 1951.

KISCH: Beiträge zur Urteilslehre. Leipzig, 1903 (1)

LEGAS LACABERA: Introducción a la Ciencia del Derecho, 1943.

LIEMAN:(Marbo T.): Eficacia y autoridad de la sentencia. Tra-
duc. SENTIS, 1945.

LORETO: La sentencia constitutiva. En Estudios de Derecho Pro-
cesal Civil, Caracas, 1956.

MANDRIOLI(G.): L'azione esecutiva. Milán, 1955.

HAZEAUD: De la distinction des jugements déclaratifs et des
jugements constitutifs de droits. En la Revue Trimestrielle de Droit
Civil, 1929.

(1) Deseamos testimoniar aquí nuestro agradecimiento al Profe-
sor PRIETO-CASTRO, por su gentileza al facilitarnos esta obra.

MEJIAS GONZALEZ: La acción de impugnación de los acuerdos sociales en la Ley de Sociedades Anónimas. En la Revista General de Derecho, 1952.

ORTEGA (Francisco): Examen de algunas cuestiones prácticas en relación con las declaraciones de incapacidad y de reintegración de la capacidad de los locos o dementes. En la Rev. Gen. de Legisl. y Jurisp., nº 171.

PLAZA (M. De la): Derecho Procesal Civil Español, 1951, t. I.
-El régimen procesal de la declaración de incapacidad.
En la Revista de Derecho Privado, 1956.

PRIETO-CASTRO: Derecho Procesal Civil, tomos I (1949) y II(1954)
-Tratado de Derecho Procesal, Parte Civil, I, 1952.

PUIG PEÑA: Tratado de Derecho Civil, t. III, vol. I, 1947.

RASELLI (Alessandro): Le sentenze determinative e la classificazione generale delle sentenze. En los Scritti giuridici in onore di Francesco CARNELUTTI, tomo II.

REDENTI: Diritto Processuale Civile, 1949, t. I.

REYES MONTERREAL: El proceso sobre reintegración de la capacidad. En la Rev. Gen. de Legisl. y Jurisp., nº 202 (1957).

ROCA SASTRE: Adiciones al Derecho de Sucesiones de KIPP, 1951

ROCCO(Alfredo): La sentencia civil. Traduc. OVEJERO, México, 1944.

ROSENBERG: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, 1954.

SCHOENKE: Derecho Procesal Civil. Traduc. PRIETO-CASTRO, 1950.

SATTA: Premesse generali alla dottrina della esecuzione forzata. En la Riv. Dir. Proc. Civ., 1932, I.

VECCHIO (G. Del): Filosofía del Derecho. Traduc. esp., 1935.

ZANZUCCHI: Diritto Processuale Civile, 1955, t. I.